

VERLOBUNG UND TRAUUNG.

ZUGLEICH

ALS KRITIK VON SOHM: DAS RECHT
DER EHESCHLIESSUNG.

VON

EMIL FRIEDBERG.

VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ

LEIPZIG 1876.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

FRIEDBERG, VERLOBUNG UND TRAUUNG.

FRIBERG, VERBODUNG UND TRAUUNG

VERLOBUNG UND TRAUUNG.

ZUGLEICH

ALS KRITIK VON SOHM: DAS RECHT
DER EHESCHLIESSUNG.

VON

EMIL FRIEDBERG.

VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ

LEIPZIG 1876.

VERLOREN UND ERFUNDEN

ZUGABE

ALS KRITIK VON SOHN: DAS RECHT
DER ERBSCHAFT



VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ

LEIPZIG 1876

Vorrede.

Im J. 1865 habe ich ein Buch über das Recht der Eheschliessung veröffentlicht, dessen Ergebnisse bis auf die neueste Zeit von der Wissenschaft im Ganzen angenommen worden sind, und vielleicht auch einigen Einfluss auf die Gesetzgebung geübt haben.

Freilich sind auch Anfechtungen nicht ausgeblieben, aber diese bezogen sich auf Einzelheiten, die zum Theil der Verbesserung bedurften, und berührten nicht tiefergehende Principien. Wo diese bekämpft wurden, kam ich nicht in die Lage antworten zu müssen, weil die Angriffe jedes wissenschaftlichen Werthes entbehrten.

Vor einigen Wochen ist indessen ein Buch des Prof. Sohm erschienen: *das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und kanonischen Recht, geschichtlich entwickelt*. Dasselbe bringt wenig neuen Apparat bei, aber vertritt mit grossem Scharfsinn eine Lehre, welche nicht nur zu der meinigen, sondern zu der aller Vorgänger im directen Widerspruch steht, und unmittelbare Consequenzen für die Gestaltung des heutigen Rechtes zieht. Das Buch enthält anziehende Untersuchungen, bringt manche neue und werthvolle wissenschaftliche Ergebnisse, und besticht jeden durch die Sicherheit der Methode und die Folgerichtigkeit seiner Schlusssetzung.

Es ist eine wissenschaftliche Leistung im eigentlichen Sinne des Wortes.

So wurde es denn auch von der Kritik wie alle Arbeiten des Verfassers günstig aufgenommen¹, und der Verfasser war höchstens zu beklagen, dass die hochkirchliche Presse sich des Buches bemächtigte, nicht fähig die geschichtliche Untersuchung zu prüfen, sondern nur begierig die Resultate zu verwerthen, allerdings in einer Tendenz, welche in ihren Zielpunkten der des Verfassers entsprach, in ihrer Grundanschauung durchaus verschieden war.

Bei der Lecture des Buches habe ich mich dem fesselnden Eindrücke desselben nicht entziehen können, aber ich kam doch sofort zu dem Ergebnisse, dass der Grundgedanke ein falscher sei, dass der Verfasser das Bild des deutschen Eheschliessungsrechtes in einzelnen Zügen berichtige, aber im Ganzen ein Zerrbild geschaffen habe!

Ich glaubte mich der Aufgabe der Widerlegung nicht entziehen zu dürfen. Es galt die wissenschaftlichen Ergebnisse früherer und auch meiner Forschung vor Verfälschung zu wahren, es gilt auch den Consequenzen, welche für die heutige Entwicklung gezogen werden, die Spitze abzuberechnen.

1) Eine Anzahl sehr richtiger Ausstellungen hat G. Meyer gemacht in der Jenaer Literatur-Zeitung. 1876. no. 2.

Leipzig, 5. März 1876.

Emil Friedberg.

I.

Die deutschrechtliche Verlobung.

Die deutsche Eheschliessung ist ursprünglich ein Kauf der Frau. Unsere geschichtlichen Quellen lassen uns das aus einzelnen Spuren schliessen, eine Vergleichung mit der Rechtsentwicklung aller anderen Kulturvölker giebt es an die Hand.

Aber zu der Zeit, wo unsere Quellen uns das Eheschliessungsrecht unserer Vorfahren erkennen lassen, war schon eine Abschwächung des früheren Rechtes eingetreten. Nicht mehr die Frau wird gekauft, sondern die vormundschaftliche Gewalt über sie. Eheschliessung ist Mundkauf.

Für den Act der Eheschliessung tritt uns zunächst als juristisch bedeutsam die Verlobung entgegen, d. h. der Vertrag, in welchem der Mann sich verpflichtet, das mundium zu kaufen, derjenige, welcher die Gewalt über das Mädchen hat, diese zu verkaufen.

Richtig und von Stobbe¹ gleichzeitig bestätigt, weist Sohm darauf hin, dass das alte deutsche Recht keine formlosen Verträge gekannt habe, sondern nur Formal- und Real-Contracte². Darum ist auch die Ver-

1) Reuerecht und Vertragsschluss nach älterem deutschem Recht. (Decanatsprogramm). Leipzig 1876.

2) Sohm gebraucht diese Bezeichnung, wo der eine Theil entweder ganz oder theilweise vorerfüllen muss, damit der Vertrag überhaupt zu Stande kommt.

lobung ein solcher, und darum ist auf Seiten des Bräutigams nicht ein blosses Versprechen ausreichend, sondern ein Geben, ein dare erforderlich; Er giebt das Witthum, d. h. den gesetzlich fixirten Preis des mundium an den Inhaber desselben.

Aber der Käufer kann sich von der Gefahr, selbst vorher leisten zu müssen und dafür nur ein Versprechen entgegenzunehmen befreien, indem er nicht wirklich, sondern symbolisch leistet, d. h. eine arrha bestellt. Das tritt uns auch bei dem Verlöbniß entgegen und ganz richtig weist Sohm auf diese juristische Natur der arrha nuptialis hin. Diese ist aber darum doch ein symbolischer Mundschatz, denn es ist nicht Wesen des Symbols die wirkliche Verpflichtung aufzuheben, sondern sie einstweilen zu repräsentiren, und in ihrer wahren Gestalt zu belassen. Wer symbolisch ein Grundstück tradirt, hat damit der Form der Tradition Genüge geleistet, das Eigenthum des Grundstückes ist übergegangen, aber er hat es später in natura zu übertragen, eben weil er es symbolisch gethan hat. Die Ausführungen Sohms erscheinen hier nicht als zutreffend. Es ist aber durchaus erwiesen, dass diese arrha zunächst an den Mundwald gezahlt wurde, der ja den wirklichen Mundschatz zu fordern hatte, nicht an die Braut, welche bei der Verlobung eine vollkommen passive Stellung hat. Behauptet Sohm, dass an den Vormund gezahlt worden sei, nicht als Vormund, sondern als Kontrahenten des Kaufgeschäftes, so erscheint diese Unterscheidung wesenlos, weil der Vormund eben Kraft seiner vormundschaftlichen Gewalt das Kaufgeschäft contrahirte.

Später finden wir allerdings dass die arrha der Braut gegeben wird; aber das geschieht zu derselben Zeit, wo auch das Witthum nicht mehr dem Vormund sondern ihr gewährt wird. Es beruht das sicherlich zu-

nächst auf einem freien, in der Folgezeit durch die Sitte immer mehr eingeengten Willen des Vormundes, und ist als ein Zeichen einer civilisirteren Auffassung der Ehe zu bezeichnen, sicherlich nicht mit Sohm als ein Aufhören des Kaufcontractes. Denn während Sohm dies schon für das 9te Jahrhundert bei den meisten deutschen Stämmen annimmt, tritt uns der Ausdruck eine Frau kaufen für heirathen noch am Ende des Mittelalters entgegen, lässt also auf eine Continuität der Kauf-Idee schliessen; wir haben weiter das Uebergangsstadium darin bezeugt, dass das Witthum noch von dem Manne an den Vormund gezahlt und erst von diesem dem Mündling gegeben wurde¹, und wir haben endlich auch die bis ans Ende des Mittelalters reichende Ueberlieferung, dass bei einzelnen Stämmen der Mundwald das Geld behielt². Ja es wird in Quellenstellen geradezu von der dos gesagt, *quam de se ipsa mercari debuerat*³.

Freilich mag diese Entwicklung im deutschen Rechtsgebiete nicht überall gleichmässig gewesen sein, wie ja nach dem ganzen Gange unserer Rechtsbildung — so bemerkt Stobbe mit Recht — und nach unserer Kenntniss desselben ein festgeschlossenes System kaum wird construiert werden können, ohne dem Geiste des deutschen Rechtes Gewalt anzuthun.

Sohm nimmt an, dass, als das Verlöbniß aufgehört habe ein Kaufcontract zu sein, es auch nicht mehr Realcontract gewesen sei, sondern Formalcontract, und dessen Contrahenten die Brautleute selbst.

Ich kann zuvörderst den ersteren Theil dieser Behauptung nicht für richtig halten, aber ich erachte ein näheres Eingehen auf die Differenz für unthunlich, ehe

1) Vgl. mein Recht der Eheschl. S. 19 Anmerk. 4 (ich werde diese Schrift hinfort nur noch mit F. citiren).

2) Vgl. Neocorus bei F. 19 Anmerk. 6.

3) Conc. ap. Tusiace. no. 860 bei Simond Concil. 3, 181.

nicht über das, was als Realcontract anzusehen sei, eine Einigung erzielt ist. Jedenfalls wird bei dem Verlobungsvertrage das plötzliche Aufhören der einen Contractsart und das Beginnen der anderen sich um so weniger darthun lassen, weil dieselbe arrha, welche früher nach Sohms Ansicht als reales Element fungirt und den Begriff des Realcontracts erzeugt haben soll, im späteren Recht als formales Element auftritt, und dem Contracte den Begriff des formalen aufdrückt. Ich möchte auch die Leistung des solidus und denarius, welche uns bei der Verlobung des fränkischen Rechtes bezeugt wird, schon nicht als eine „Vorleistung“ ansehen, sondern als eine Form, also schon damals Formalcontract annehmen.

Gerade aber weil sobald statt der wirklichen Leistung nur eine „Vorleistung“ eingetreten war, der Verlobungscontract sich von einem Formalcontracte äusserlich nicht mehr unterschied, war dadurch die Gelegenheit gegeben, auch an Stelle der arrha andere Symbole zu gebrauchen, welche den Realcontracten nicht eigenthümlich gewesen waren, und so den Gedanken des Consensualvertrages bei dem Verlöbniß immer mehr in den Vordergrund treten liessen. So finden wir das Verlöbniß in der späteren Zeit, mit der Wette, unter Ableistung des Eides, mit dessen Abschwächung dem Handschlage, aber auch mit der arrha, und dem an die Stelle desselben getretenen Verlobungsringe.

Nicht richtig aber erachte ich schliesslich den anderen Theil der obigen Behauptung Sohms, dass nämlich mit der Abschwächung der mündschaftlichen Gewalt die Stellung der Braut bei der Verlobung sich dahin verändert habe, dass sie nicht mehr von ihrem Mundwald verlobt worden sei, sondern sich selbst verlobt habe. Wenn auch ihr Consens jetzt erfordert wird, so erscheint es mir doch unzutreffend, das Recht des

Vormundes auf ein Veto zu reduciren, und ihm bei der Verlobung dieselbe passive Stelle zuzuweisen, welche früher die sponsa hatte. Vielmehr zeigen zahlreiche Rechtsquellen, dass der Consens der Familie stark hervorgehoben wird, dass der Vormund der Verlober des Mädchens bleibt, aber gebunden an den Willen der Familie¹, dass dritte unbefugte Personen, welche als Verlober auftreten, hart bestraft werden. Befugt werden sie aber nicht durch Mandat der Braut, was doch zulässig gewesen sein musste, wenn sie sich selbst verloben konnte, sondern durch das der Familie der Braut, also der vormundschaftlichen Gewalt. Nur dazu ist jetzt die Möglichkeit gegeben, dass, da ihr Consens für den Verlobungsact von principaler Wirkung wird, der des Vormundes vielfach zu secundärer, die Gültigkeit der Verlobung nicht bedingender Wirkung herabsinkt, sie auch ohne die Einwirkung der Familie sich verloben kann — obgleich das den Rechtsanschauungen durchaus widersprach — und weiter, dass beim Verlobungsact zuweilen — denn es lassen sich nicht mit Sohm für das deutsche Recht durchgreifende überall geltende Regeln aufstellen — ihr Handeln in den Vordergrund gerückt erscheint, aber immer auf der Folie der mitwirkenden, anwesenden oder vertretenen Familie.

II.

Die Trauung.

Der zweite Act, auf die Verlobung folgend, ist Uebergabe der Verlobten an den sponsus, wie es Sohm gut und richtig bezeichnet: Trauung. Diese Trauung

1) Vgl. Hamburg. Stadtrecht v. 1270 X. 8 (Lappenberg S. 63) Eisenacher Rechtsb. I. 76, 77 bei Ortloff S. 43.

wird öffentlich vollzogen¹ und nach altem Recht durch den Vormund in feierlicher Weise.

Auch hier nimmt Sohm in analoger Weise zur Verlobung für die Zeit wo die persönliche Selbstständigkeit der Frau sich ausgebildet hat, Selbsttrauung an. „Die Braut traut sich selbst dem Bräutigam, d. h. giebt sich durch ihren eigenen Entschluss ihm hin zur Heimführung.“

Das scheint mir nicht logisch gedacht und für Selbsttrauung ein anderer Begriff untergeschoben zu sein, der mit jener gar nicht identisch ist. Selbsttrauung ist Selbsttradition, und setzt allerdings den freien Entschluss der Braut voraus; aber die Trauung durch den Mundwald erfordert diesen freien Willen der Braut nicht minder.

„Die Form des Selbsttrauungsacts,“ fährt Sohm fort, „ist Trauung durch einen Dritten.“ Das würde eine *contradictio in adjecto* enthalten, wenn Sohm nicht hinzufügte, „welcher von der Braut oder wie es in der Natur der Sache liegt von den Brautleuten frei gewählt ist.“

Dieser fungirt also Namens der Braut, d. h. sie tradirt sich ihm gewissermassen als Treuhänder, damit er sie dem Bräutigam tradire.

Es erhellt, dass diese Construction einen gekünstelten Eindruck macht; wenn die Braut sich selbst traut, wozu tritt uns nicht zuweilen, sondern immer eine dritte Person entgegen, welche die *traditio* vollzieht? wozu kürt sie regelmässig, wie Sohm das ausdrückt, einen Vormund?

Auch haben wir noch Quellenbelege, welche deut-

1) Dass deswegen als Localität der *traditio* häufig das *malum*, die Gerichtsstätte, gewählt sein mag, erscheint wohl zu vermuthen. Nur dies hatte ich früher behauptet, nicht gerichtliche Vollziehung der *traditio*.

lich zeigen, dass der Tradent sein Mandat von der Familie, nicht von der Braut abzuleiten hatte.

Welk knape handtruwet eine maghet sunder frunde willen, den mach me vorvesten, heisst es im Braunschweiger Stadtrecht¹. Die schwäbische Verlöbnissformel aus dem XII. Jahrhundert², also einer Zeit, in welcher Sohm schon Selbstverlobung annimmt, zeigt noch keine Selbsttrauung, sondern lässt die Trauung durch den geborenen Vormund geschehen. Die kölnische Verlöbnissformel³ aus dem XIV. Jahrhundert, lässt allerdings dies Requisit fort, aber die unbestimmte Bezeichnung der trauenden Person braucht nicht, wie Sohm meint, gewählt zu sein, um auch für den „gekorenen Vormund“ zu gelten, sondern um dies Formular auch für die kirchliche Trauung geeignet erscheinen zu lassen.

Nun finden wir allerdings in den mittelalterlichen Gedichten als trauende Personen beliebige Dritte aufgeführt⁴; aber es liegt m. E. gar keine Nothwendigkeit vor, hier ein Mandat der Braut anzunehmen, welches nirgends hervortritt, welches nur künstlich construirt werden kann und um nichts besser ist als ein stillschweigendes Mandat der Familie. Ich habe diese trauenden Personen, deren juristischer Charakter, da sie uns fast nur in Gedichten entgegenreten nicht erkennbar ist, als Fürsprecher bezeichnet, d. h. als die Person, welche ein Verfahren leitet.

Ausdrücklich wird uns ein solcher unter dem Namen *orator* bezeugt in einer langobardischen Formel des elften Jahrhunderts⁵ wo er bei der *traditio sponsae* neben

1) Urkundenb. S. 110. Vgl. Glarner Landsatzung v. 1378, Stadt- und Amtsbuch v. Zug v. 1432 u. s. w. bei Rive, Vormundschaft, II. 2, 109. Vgl. auch Wilda, Strafrecht, 803.

2) F. 26. — 3) F. 28.

4) Vgl. die von Sohm angeführten Stellen: F. 82 fg.

5) Mon. Germ. LL. 2, 599.

dem Vormund mitwirkt; ferner in einer angelsächsischen Formel¹ bei welcher der Fürsprecher die Verlobungsversprechen des Bräutigams und der Verwandten der Braut entgegennimmt.

Sohm verwirft meine Meinung deswegen, weil ein Fürsprecher nie Handelnder sei, sondern nur Gehülfe des Handelnden. Aber er nimmt ja an, dass die Handelnde die Braut selbst sei, sie tradirt sich selbst, folglich wäre ja der Trauende nur Gehülfe, welcher der Braut handeln hilft, d. h. sich zu tradiren. Sohm behauptet auch², dass in jener angelsächsischen Formel die Magen der Braut, d. h. die Geschlechtsvormünder mit den Fürsprechern identisch seien, während doch die Fürsprecher Namens des Bräutigams die Obligation der Magen entgegennehmen und ausdrücklich von diesen getrennt werden, ebenso wie im späteren englischen Rechte, als schon längst ein Priester an Stelle des Fürsprechers getreten ist, doch noch immer die Familienmitglieder der Braut die Tradition vornehmen. Wir haben den Namen Fürsprecher deswegen für die in den mittelalterlichen Gedichten vorkommenden trauenden Personen als zutreffend erachtet, weil für sie nur die formale Leitung der Handlung feststeht, das Vollziehen der Tradition im fremden Auftrage. Aber niemals haben wir, wie Sohm meint, das Institut der Laientrauung aus dem der Fürsprecher abgeleitet. Im Gegentheil, nach unserer ganzen Auffassung der Fürsprecher haben wir die Trauung durch sie als mit der Laientrauung identisch ansehen müssen.

Als Schlussresultat bezüglich der *traditio sponsae* glaube ich nach alledem den Satz hinstellen zu müssen, dass ein generelles überall gleichmässiges Recht gar nicht vorhanden war und nicht vorhanden sein konnte.

1) F. 36. — 2) S. 347.

Das mundium über unverheirathete Frauen hatte sich eben überall verschiedenartig in einen allgemeinen Familienschutz umgestaltet. Wo dieser kräftiger entwickelt war, wird der Vormund selbst, aber nur unter Mitwirkung der Familie tradirt haben, wo er schwächer war, also das Selbstbestimmungsrecht der Braut folgegемäss stärker hervortrat, war auch ein tieferes Eindringen des kanonischen Rechtsgedankens ermöglicht, der dem Consens der Nupturienten die ehewirkende Kraft beimass; da wird also auch die Trauung zu einem gegenseitigen Treuversprechen und die Thätigkeit sowie die Person des Tradirenden wird um so mehr zu einer irrelevanten, als das Tradiren schon längst in ein copulare übergegangen war und sich von einer declaratorischen Constatirung des Eheversprechens kaum unterschied. Diese Verschiedenartigkeit prägt sich selbst noch in den mittelalterlichen Trauformularen aus. Denn während wie jetzt in England, welches immer zäher das alte Recht bewahrte, auch bei dem kirchlichen Eheschliessungsact das Tradiren des Vaters oder der Freunde sich erhielt, zeigen uns die französischen Ritualien, dass der Priester selbst die Tradition vornimmt. Der Germanische Rechtsgedanke ist in beiden Ländern vorhanden aber in einer verschiedenen Ausgestaltung, wie sie sicher nachdem einmal das Mundschaftsverhältniss gelockert war überall vorgekommen ist.

III.

Verhältniss von Verlobung und Trauung.

Die Differenzen, welche zwischen mir und Sohm bisher obwalteten, sind mehr untergeordneter Natur, und ich erkenne an, dass Sohm für die oben dargelegten Momente des Eheschliessungsrechtes manchen neuen

und guten Gedanken beigebracht, dass er das ganze Eheschliessungsrecht in das System des deutschen Rechtes eingegliedert hat, wenn ich auch missbilligen muss, dass er viel zu sehr generalisirt, und ein Bild von einer Einheitlichkeit entwirft, wie es im deutschen Recht nicht vorhanden war. —

Dagegen muss ich nun gegen die folgenden Ausführungen Sohm's über das Verhältniss von Verlobung und Trauung zu einander mit aller Entschiedenheit Verwahrung einlegen.

Nach Sohm hat die Ehe negative Wirkungen, d. h. sie bewirkt die Pflicht, nicht eine dritte Person heirathen zu dürfen, — und positive, durch welche die Frau der Gewalt des Mannes unterworfen wird, das eheliche Zusammenleben und die juristischen Consequenzen der Ehe begründet werden. Die deutschrechtliche Verlobung habe aber die Brautleute gebunden, sie habe einseitig nur aus den Gründen aufgelöst werden können, aus denen auch die Ehe auflösbar war — folglich sei sie Ehe gewesen.

Wir erachten diese Argumentation für grundfalsch von oben bis unten, und dieses *πρῶτον ψεῦδος* ist für Sohm um so verhängnissvoller, weil es sich durch sein ganzes Buch wie ein rother Faden hindurch zieht, und somit, wir bedauern es aussprechen zu müssen, seiner ganzen Darstellung das Gepräge einer verfehlten aufdrückt.

Zuvörderst ist es richtig, dass durch die deutsche Verlobung eine Gebundenheit des Willens der Brautleute eintrat, und dass die Verletzung des durch die Verlobung begründeten Treuverhältnisses Strafen herbeiführte. Wir finden indessen derartige Consequenzen nur für den Bräutigam einerseits und den Mundwald andererseits¹. Zwischen diesen besteht aber

1) Vgl. Löning, der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen (Strassburg 1867) 1, 144 fg.

keine Ehe, sondern nur ein Vertrag, und die Strafen sind daher als Folgen des Vertragsbruches zu betrachten. Aber allerdings macht auch Sohm auf eine Anzahl Stellen aufmerksam, in welchen die Untreue der Braut wie Ehebruch bestraft werden soll, woraus er einen Beweis für Identificirung von Ehe und Verlöbniß folgert. Dieser Beweis erscheint aber schon um deswillen als völlig haltlos, weil die gleiche Strafe in vielen, und zwar auch denselben Volksrechten, welche Sohm für sich anführt, auch unverlobten Mädchen angedroht wird, wenn sie sich einem Manne ausserehelich preisgeben¹, mithin doch unmöglich die Consequenz des gebrochenen Verlöbnisses sein kann. Ja das Wort adulterium wird sogar auch in dem Falle gebraucht, wofür zahlreiche Stellen der lex Wisigothorum oder Burgundionum den Beweis liefern².

Dass mindestens dasselbe bei einem verlobten Mädchen stattfinden musste, versteht sich von selbst, ja würde sogar bei laxer Auffassung des Verlöbnisses erforderlich gewesen sein; eine Identificirung von Verlöbniß und Ehe beweist es nicht. Man wäre sonst entgegengesetzten Falles genöthigt, auch im römischen Recht eine Identificirung von Verlöbniß und Ehe anzunehmen, denn auch hier wird im Kaiserrecht Untreue der Verlobten als adulterium bestraft³.

1) Vgl. die von Wilda a. a. O. 811 angegebenen Stellen. Allerdings erscheint dem unverheiratheten Mädchen gegenüber die Todesstrafe mehr als eine Tödtungsbefugniß der Familie, wie sie ja auch dem Ehemann der Ehebrecherin gegenüber zustand. Aber gerade darin liegt doch die Parallelisirung mit dem Ehebruche. Andererseits wird diese Strafbefugniß doch auch Strafpflicht.

2) Vgl. Wilda a. a. O. und zahlreiche Beispiele bei Du Cange s. v. adulterium.

3) l. 13 §. 3 Dig. (48, 5).

Aber, sagt Sohm, der Entführer einer Braut hat die gleiche Strafe zu zahlen wie der einer Ehefrau. Das scheint mir aber um so weniger ins Gewicht fallend zu sein, als einmal die Busse principaliter dem Mundwald der Frau zufiel,¹ bei einer Ehefrau also ihrem Ehemanne, bei einer Braut ihrem Vater, und der Bräutigam nur eine solche Busse empfing, wie ihm aus der frevelhaften Vertragsverletzung, die der dritte ihm gegenüber begangen hatte, aus der ihm zugefügten Ehrverletzung² zustand. Hätte wirklich eine rechtliche Identificirung zwischen einer Verlobten und einer Ehefrau bestanden, so hätte sie sich auch hier geltend machen müssen.

Endlich aber betont Sohm, dass Verlöbnisse nur aus denselben Gründen hätten aufgelöst werden können wie Ehen, folglich mit diesen identisch gewesen seien.

Dagegen ist zuvörderst zu bemerken, dass mit beiderseitigem Willen Ehen wie Verlöbnisse aufgelöst werden konnten und die hier vorhandene Gleichartigkeit daher nichts beweist. Was nun aber die einseitige Auflösung anlangt, so steht für Verlöbnisse jedenfalls so viel fest, dass jeder Theil sie auflösen konnte, — von dem exceptionellen Standpunkte des westgothischen Rechtes sehen wir ab — wenn er nur dem andern Theile die Busse wegen Vertragsbruches zahlte. Ein Zwang zur Eheschliessung hat unstreitig nicht existirt, und die Gründe, aus denen Verlöbnisse geschieden werden können, sind daher nur solche, bei deren Vorhandensein die Busse fortfällt. Also löslich waren die Verlöbnisse auf alle Fälle³, auch auf einseitigen Willensact hin, man

1) Vgl. wieder Wilda 849 fg.

2) Sponso antem in cujus turpitudinem et deridiculum egit.: Ed.-Rotharis c. 191.

3) Vgl. Liutprand c. 119, welcher als Motiv der von ihm getroffenen Massregel hinstellt quia excrevit vitium hoc in gentem nostrum propter cupiditatem pecuniae. Das vitium ist die einseitige Auf-

müsste sonst, wie allerdings Sohm es öfter thut, unsere gewöhnlichen Begriffe geradezu in ihr Gegentheil umkehren. — Aber löslich waren damals auch die Ehen. — Wir sind über den Stand des ursprünglichen deutschen Scheiderechtes mangelhaft informirt¹, und Sohm hat unsere Kenntnisse nicht bereichert. Aus dem aber, was die Kirche noch in späterer Zeit duldete, und worin sie den Volksanschauungen Rechnung tragen musste, ist der Schluss gerechtfertigt², dass für den Mann völlig freie, einseitige Scheidung existirt habe, wenigstens in dem Sinne, dass auch bei gesetzlich nicht für begründet erklärter Scheidung, die Ehe gelöst war und nur eine Busse gezahlt werden sollte. Diese betrug aber z. B. im baierischen Volksrecht das Doppelte der wegen Verlöbnißbruches zu zahlenden, so dass also Ehe und Verlöbniß doch in dieser Beziehung auseinander gehalten wurden³. Was soll nun die Argumentation, dass die Auflösungsgründe von Ehe und Verlöbniß identisch gewesen seien? Von den ersteren wissen wir so gut wie nichts, von den letzteren, dass sie nur von der Busse für die Lösung des Verlöbnisses befreiten, und damit soll die juristische Gleichstellung beider bewiesen sein!

Und nun kommt dazu! Welcher unbefangene Mensch, der nicht durch Voreingenommenheit auf falsche Wege gewiesen ist, wird einem Verhältnisse, welchem die von Sohm s. g. negativen Wirkungen der Ehe zukommen, den Namen „Ehe“ beilegen, und deshalb unter diesen Begriff subsumiren! A verlobt sich dem B, folglich darf sie nicht C, D, E, F heirathen; ist sie da-

lösung des Verlöbnisses dadurch, dass die Braut zu einem anderen Manne ging.

1) Vgl. Grimm, Rechtsalterth., 454.

2) Vgl. Hinschius in der Zeitschr. f. deutsches Recht, 20, 66 ff. Friedberg aus deutschen Bussbüchern, 13. 44.

3) Vgl. Wilda a. a. O., 809.

rum mit A in Ehe? Allerdings existirt eine Gebundenheit des Willens der Brautleute, die je nach dem Standpunkte des Rechtes strenger oder laxer sein kann, aber diese Gebundenheit nennt unsere Jurisprudenz Verlöbniß, und wenn unser juristischer Fortschritt darin besteht, Begriffe scharf von einander zu sondern, dann ist Sohms Buch ein effectiver Rückschritt, da er diametral Verschiedenes zusammenwirft, nur um ein von vorne herein festgestelltes Ziel zu erreichen.

Aber Sohm unternimmt, sein Resultat auch noch auf anderem Wege zu beweisen. In ausführlicher Deduction, die uns nicht zutreffend erscheint, die wir aber nichtsdestoweniger hinnehmen wollen, sucht er festzustellen, dass die Auflassung die formale Besitzübertragung ist, kein Rechtsgeschäft des Sachenrechts, kein Eigenthumserwerbsgrund. Das dingliche Recht ist schon vor der Auflassung da, durch dieselbe wird es ein thatsächliches. Die Analogie auf den Brautkauf: die Verlobung ist schon die Ehe, die Trauung bewirkt nur die Thatsächlichkeit des Verhältnisses.

Ist Sohm nicht in den Sinn gekommen, dass er damit zu viel beweist? Dann müsste doch durch die Verlobung auch schon das mundium auf den Bräutigam übergehen, wenngleich er erst in Besitz käme durch die Trauung! Aber das widerspricht ja allen Ausführungen von Sohm selbst auf das Entschiedenste, und führt dieses sein Argument vollkommen ad absurdum¹.—

1) Es sei gestattet, hier die richtigen Ausführungen von Meyer zu wiederholen. Nach Sohm ist gar nicht die Braut, sondern das mundium über sie Gegenstand des Kaufes. Also müsste auch mit dem Abschlusse des Vertrages nicht die Jungfrau, sondern das mundium über dieselbe — wenigstens in seinen negativen Wirkungen — erworben sein. Nun begründet aber nach Sohms eigenen Ausführungen (S. 76) die Verlobung durchaus keine eheherrliche Gewalt, und das mundium — nicht etwa blos die positiven

Wenn Sohm aber nun fragt: wie denkst du dir das Verhältniss zwischen Verlöbniß und Trauung? so antworten wir ihm präciser als wir es früher gethan haben: Zeitlich sind sie gewöhnlich und später fast immer zusammengefallen, in einen Act zusammengezogen worden, und haben somit zusammen eheschliessende Wirkung geäussert. Fielen sie auseinander, so wurde die Ehe nur durch die *Traditio* der Braut begründet, aber die *Traditio* begründete eine Ehe nur, wenn die *dotatio* der Braut vorangegangen war, d. h. also im gewöhnlichen Falle, ein Verlöbniß. Der von Sohm statuirte Unterschied von Rechtlichkeit und Thatsächlichkeit, ist ein durchaus unglücklicher, gekünstelter, und dem Eheschliessungsrecht absolut fremder.

Doch Sohm argumentirt noch weiter, und wir sind genöthigt, ihm hierin zu folgen. Er betont, dass während früher die Trauung die positiv-rechtlichen Wirkungen der Ehe hervorgerufen habe, einige davon in späterer Zeit auf das Beilager oder gar auf die Zeit der Geburt des ersten Kindes übertragen worden seien, folglich, sagt er, stehen diese drei Momente juristisch gleich, sie begründen nicht die Ehe, sondern sie vollziehen dieselbe, und geschlossen wird sie demnach durch das Verlöbniß. Diese Beweisführung ist um deswillen verfehlt, weil dem Verlöbniße des späteren Rechtes keine anderen Wirkungen eingeräumt werden können, als dem des früheren; ja im Gegentheil: die Gebundenheit der Brautleute ist noch mehr abgeschwächt¹; die s. g. negativen Wirkungen der Verlobung sind verschwunden; für einen Bruch des Verlöbnisses wird höchstens Conventionalstrafe gezahlt, keine gesetzliche, ein *adulterium der sponsa* ist straflos,

Wirkungen desselben, sondern das *mundium* überhaupt — wird erst durch die Trauung erworben (S. 92 f.).

1) Vgl. auch Löning a. a. O., 1, 149.

weil es auch das des unverlobten Mädchens ist, von Busse des Entführers dem Bräutigam gegenüber ist keine Rede mehr. Haben wir es nun für die frühere Zeit schon als verkehrt bezeichnet, die „negativen Wirkungen der Ehe“ zur Ehe heraufschrauben zu wollen, so greift das jetzt potenziert Platz. Die Verlobung begründet jetzt eine laxe Gebundenheit und doch soll sie Ehe sein! Die Gebundenheit aber nicht nur, sondern auch die ehemännliche Vormundschaft beginnt auch später auf alle Fälle mit der Trauung, und darum begründet auch sie auf alle Fälle die Ehe. Nur dass die Vormundschaft inhaltsloser geworden ist, und gewisse frühere Consequenzen derselben auf spätere Acte und Vorgänge übertragen sind. Hätte Sohm gesagt: die Trauung und das Beilager bez. die Geburt des ersten Kindes begründeten die Ehe, so wäre das schief ausgedrückt, aber nicht unrichtig gewesen. Was er aber sagt, beruht auf unhaltbarer Begriffsverwirrung. —

Noch gekünstelter aber und noch haltloser sind die folgenden Ausführungen Sohms. Es steht fest, und kann auch von Sohm nicht geleugnet werden, dass im späteren Mittelalter schon Verlobung und Trauung zu einem Acte zusammengezogen wurden, und dass dies Rechtsgeschäft unter den Symbolen vollzogen wurde, welche früher bei der Verlobung stattfanden, also dem nach Sohm ehebegründenden Act. Jetzt also wird doch Sohm zugeben müssen, dass diese Trauung die Ehe begründet? Weit gefehlt! Ganz willkürlich nimmt er an: ein anderes Verlöbniß, d. h. ein anderer Formalcontract ist schon vorhergegangen, der hat die Ehe begründet; und dieser wird jetzt lediglich wiederholt, constatirt; die Trauung behält also ihren alten Character. Wir nennen diese Annahme willkürlich, weil sie ganz beweislos dasteht. Denn aus der Zeit wo Trauung und Verlobung zusammenfallen, besitzen wir keine Ver-

lobungsformulare mehr, die bloß solche sind, und von denen wir nachweisen könnten, dass nach ihrem Gebrauch, bei der Trauung noch einmal formell, aber wegen des schon begründeten Rechtsverhältnisses ohne juristische Wirkung das Verlöbniß wiederholt worden sei. Wir haben kein Zeugniß mehr für solche Formalcontracte. Gerade weil sie abgekommen waren, wurden die Verlobungsformalien auf den Trauact übertragen, und sie waren abgekommen, weil sie wirkungslos geworden waren, weil die „negativen Wirkungen“ der Ehe aufgehört hatten.

Wir kommen demgemäss zu dem Resultate: dass die deutsche Trauung Schliessung der Ehe gewesen sei, nicht Vollziehung einer schon geschlossenen.

IV.

Das kanonische Recht.

Die Geschichte des kanonischen Eheschliessungsrechtes war bis auf die neuere Zeit nicht zu schreiben, weil das wesentliche Material unlängst von Schulte aus Handschriften bekannt gemacht worden ist, und zum Theil auch schon ausgenutzt¹; Sohm steht in dieser Beziehung lediglich auf den Schultern von Schulte. — Sohm beginnt seine Untersuchung mit dem Decrete Gratians; Regino und Burchard werden nur nebenbei erwähnt, die übrigen Collectiones gar nicht in Erwägung gezogen. Das ist in so fern nicht zu billigen, als

1) Vgl. Dove und Friedberg, Zeitschr. f. Kirchenrecht, 11, 27. — Dabei ist zu bemerken, dass Schulte nur Fragmente aus Handschriften mitgetheilt hat, welche Schlussfolgerungen immerhin als gewagte erscheinen lassen, da man den Zusammenhang der betreffenden Stellen nicht zu übersehen vermag. Sohm hindert das bei seinen Constructionen durchaus nicht.

zu Gratians Zeit sich eine Entwicklung schon vollzogen hatte, die der Betrachtung bedarf.

Die Kirche fand bei ihrem Auftreten römisches Recht und also auch römisches Eheschliessungsrecht vor. Demnach unterschied sie Sponsalia und matrimonium in römischer Weise, und dieser Unterschied prägt sich auch in der Folgezeit deutlich aus. So wird, um nur ein Beispiel anzuführen, in Ivos Pañormie zwischen sponsalia und nuptiae durchaus unterschieden und zwar mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das römische Recht.

Es lagen nun aber verschiedene Motive vor, welche diesen andererseits wiederum ganz klar anerkannten Unterschied trübten. Es ist das Institut der s. g. professiones bekannt, d. h. dass die Verlobten das Vorhaben ihrer Ehe dem Bischofe mittheilten. Darin lag der Keim der Betheiligung der Kirche an dem Verlöbniß, der sich später dahin steigerte, dass die Verlöbnisse kirchlich eingesegnet und in ihren Wirkungen der Ehe annähernd gleichgestellt wurden¹, wobei übrigens auch die Einwirkung des mosaischen Gesetzes sich geltend machte². So ist der elfte ancycanische Canon entstanden³, so der 98 trullanische⁴ und das hat die griechische Kirche in ihrer Lehre von den kirchlichen Verlöbnissen weiter ausgebildet. Die occidentalische Kirche hat von kirchlichen Verlöbnissen nichts gewusst. Das zeigt deutlich, wie Gratian, indem er eine Stelle, die sich auf ein derartiges Verlob-

1) Vgl. Zhisman, das Eherecht d. oriental. Kirche, S. 387 ff. 137 ff.

2) Deuteron. XXII. 24. Vgl. Dict. Grat. zu c. 10. C. 27 qu. 2.

3) *Tὰς μνηστευθεῖσαις κόρας, καὶ μετὰ ταῦτα ὑπὸ ἄλλων ἀρπαγείσας ἔδοξεν, ἀποδίδοσθαι τοῖς προμνηστευσασμένοις, εἰ καὶ βίαν ὑπ' αὐτοῦ πάθοιεν.*

4) *Ὁ ἐτέρω μνηστευθεῖσαν γυναῖκα, ἔτι τοῦ μνηστευσάμενου ζῶντος, πρὸς γάμον κοινωνίαν ἀγόμενος, τῷ τῆς μοιχείας ὑποκείσθω ἐγκλήματι.* — Auch bei Gratian, c. 22. C. XXVII. qu. 2.

niss bezieht anführt, den Segen ganz gegen den offenkundigen Wortsinn, als den zukünftig der Ehe zu ertheilenden interpretirt¹. Aber die occidentalische Kirche nahm doch die griechischen Stellen über die Heiligkeit der Verlöbnisse in ihre Rechtssammlungen auf, wodurch die Klarheit des Unterschiedes zwischen Verlöbniß und Ehe nicht gewinnen konnte.

Dazu kam nun, dass die abendländische Kirche auch noch zu dem germanischen Eheschliessungsrecht in Beziehung treten musste. Sie recipirte dasselbe durchaus. Sie erkannte die Nothwendigkeit der dotatio an, verlangte die traditio der Braut und sah darin den ehebegründenden Act. Wir können den Standpunkt der Kirche aus der classischen bekannten Stelle Nicolaus I. kennen lernen, die auch bei Gratian Aufnahme gefunden hat, welche von sponsalia spricht, quae futurarum sunt nuptiarum promissio, und darauf die Eheschliessung stattfinden lässt².—

Der technische Ausdruck für das Verlöbniß war desponsatio, aber nicht blos die aus dem alten Recht stammende Identificirung der Ehe mit dem Verlöbniße brachte zu Wege, dass auch die Abgabe des Eheconsenses mit desponsatio bezeichnet wurde, sondern liess auch den Ausdruck coniux auf die Braut übergehen. Doch war man sich dabei des Unterschiedes zwischen Ehe und Verlöbniß immer bewusst. So führt Gregor in einer, in mehrere Rechtssammlungen aufgenommenen Stelle an³, dass wer desponsatam puellam proximi sui acceperit in coniugium, anathema sit, und fügt hinzu: nam diuinae legis mos est sponsas appellare coniuges. Dies erklärt er aber unmittelbar darauf: non quae jam uxor erat, sed quae a parentibus uxor fieri debebat.

1) Dict. Grat. zu c. 50 l. c.

2) c. 3. C. 30. qu. 5.

3) Anselm. XI. 92 (93). Polycarp. VI. 4, 74. Petrus Lombard. lib. 4 dist. 27. Gratian. c. 12. C. 27 qu. 2.

Es war ferner Uebereinstimmung der Kirchenlehrer darüber vorhanden, dass Verlöbnisse von den Ehen in ihren Wirkungen verschieden seien. Diese Verschiedenheit wird von unseren Quellen in mehreren Punkten genau normirt¹.

Dagegen herrschte in der mittelalterlichen Doctrin grosser Streit über die Sacramentsnatur der Ehe, und zwar waren alle Momente des Sacramentes in dieser Controverse einbegriffen. Es ist bekannt, dass eine Anzahl von Vätern die Ehe gar nicht als Sacrament betrachtete. So kennt Ambrosius — was für die Beurtheilung der von ihm herrührenden in das Corpus iuris aufgenommene Stellen wichtig ist — nur zwei Sacramente, worunter nicht die Ehe ist², ebenso Tertullian, Cyprian, Chrysostomus, Augustinus — der allerdings auch vier anführt —, und wenn die Ehe zu den Sacramenten gezählt wurde, so geschah dies weil sie wegen ihrer unauflöslichen Verbindung ein Bild der Gemeinschaft zwischen Christus und der Kirche sei³. Aber selbst als durch Petrus Lombardus die jetzige Siebenzahl der Sacramente fixirt war, — was übrigens doch für die nächste Folgezeit nicht hinderte, dass selbst Concile noch unter Innocenz III. bei Aufzählung der Sacramente die Ehe ausliessen⁴ — war es doch zweifellos, dass nicht alle Ehen Sacramente seien. Zunächst nicht solche, welche von Ungetauften ge-

1) z. B. wer eine gewesene sponsa heirathet wird nicht irregulär, wohl aber wer eine vidua heirathet. Verlöbniß kann a vinculo gelöst werden, nicht Ehe; Verlöbnisse können im Gegensatz zu Ehen durch einseitiges Keuschheitsgelübde aufgelöst werden, u. s. w.

2) Vgl. die Citate bei Hahn, die Lehre von den Sacramenten, 80.

3) ebendas. 100.

4) Synode von Toulouse i. J. 1229. Vgl. Hahn a. a. O. 109.

geschlossen waren¹. Andere verlangten beim Abschluss ausdrückliche Worte, so dass durch Geberden geschlossene Verbindungen zwar wirkliche Ehen seien, aber nicht Sacramente², noch andere die Vollziehung der *copula carnalis*, wie es Peter Lombardus thut³. Der Unterschied zwischen Ehe und Verlöbniß bestand also nicht in der Sacramentsnatur der ersteren, denn zweifellos wurden auch nicht sacramentale Ehen angenommen, die aber doch für unauflöslich galten, da die von der Kirche statuirte Unauflöslichkeit nicht Consequenz des Sacramentsbegriffes ist, sondern umgekehrt ihn erzeugt hat⁴.

Betrachten wir jetzt die Lehren Gratians.

In gewohnter kritikloser Weise nahm er alle verschiedenen Ansichten auf.

Er hat die Stellen über die Verlöbnisse, worin diese den Ehen gleichgestellt werden. Er hat auch die Stellen welche Ehen und Verlöbnisse durchweg in römischer Weise unterscheiden; er hat Stellen die deutschen Concilien entnommen, deutsche Rechtsauffassungen geben, d. h. eine *dotatio* verlangen und eine *traditio sponsae*, welche letztere die Ehe begründet.

Er hat Stellen, welche für die Sacramentsnatur der Ehe die *copula carnalis* verlangen. Er hat endlich auch solche wie jene pseudoisidorische des Evaristus, welche die *benedictio sacerdotalis* für den Ehebegriff als nothwendig erklären. Und dies ganze Material hat er

1) Vgl. Hahn a. a. O. 127. Allerdings zeigt sich auch in dieser Beziehung Zwiespalt.

2) ebendas. 128.

3) Sohm nimmt für Petrus Lombardus das Entgegengesetzte aber mit Unrecht an. Vgl. die bei Hahn a. a. O. 129 aufgeführte Stelle. Auch die von Sohm S. 114 für seine Meinung citirte Stelle des Lombardus spricht nur gegen dieselbe.

4) Dies verkennt Sohm vollständig.

nicht aus den Quellen selbst geschöpft, sondern dritten Gewährsmännern entnommen. Er hat weder die historischen noch die juristischen Kenntnisse um die Verschiedenartigkeit des in diesen Stellen eingenommenen Standpunktes zu erkennen, oder zu erklären, ja er hat nicht einmal den Gedankengang seiner Autoren vor sich, sondern lediglich Bruchstücke, die im Zusammenhang oft einen ganz anderen Sinn bergen als in ihrer fragmentarischen Gestalt.

Nichts destoweniger unternimmt er diese verschiedenartigsten Elemente zu einem System zu gestalten. — Dabei beginnt er¹ mit der wissenschaftlichen Definition der Ehe, d. h. erklärt den Consensus, nicht die copula carnalis für das ehestiftende Moment. Johannes Chrysostomus dient ihm dafür als Beleg und Nicolaus I. in demselben Briefe, welcher die deutschrechtliche Eheschliessungsform als die geltende hinstellte. —

Aber, fragt er, welcher consensus begründet die Ehe: der consensus cohabitationis? dann sind Geschwister Eheleute — der consensus carnalis copulae? dann waren Maria und Joseph nicht Eheleute. Darum kommt jetzt eine Stelle des Ambrosius, wo die pactio coniugalis als ehebegründend hingestellt wird, und eine von Isidorus, welcher etymologisch auch Verlobte coniuges nennt. Auch wird jetzt auf das mosaische Recht Bezug genommen, und der vorhin erwähnte Brief des Gregor folgt, wo der Name coniux für sponsa als eine divinae legis mos und als ein uneigentlicher hingestellt wird. — Aber nun gilt es, die entgegenstehenden Zeugnisse von Augustin und Leo zu entkräften, welche zur Ehe begrifflich die copula carnalis fordern, also mit den bisherigen Fragmenten in directem Widerspruch stehen. — Er kommt zu dem Ergebnisse: Verlöbnisse sind keine

1) Causa 27 qu. 2.

Ehen, und unterstützt das durch zahlreiche Belege. Aber wie erklärt sich jener Widerspruch? Einfach so, und die Stelle des Ambrosius leitete darauf hin: durch *desponsatio* entsteht *coniugium initiatum*, durch *copula carnalis*, *perfectum*; ein *perfectum* ist aber ein solches *quod habeat in se Christi et ecclesiae sacramentum*.

Man sieht, Gratian hat die Ansichten des Lombardus, dass zum Sacrament der Ehe die *copula carnalis* erforderlich sei, seine Bezeichnung *matrim. initiatum* für die *desponsatio* hat lediglich den Zweck die Stellen der Kirchenväter stehen zu lassen, welche *sponsi* mit dem Ausdruck *coniuges* bezeichnen. Für eine Eheschliessung hält er deswegen die *desponsatio* nicht. Aber dass auch eine nicht sacramentale Ehe geschlossen werden könne, die sich durch die Unlöslichkeit der Verbindung von den Sponsalien, durch die noch nicht vollzogene *copula* von der sacramentalen Ehe unterscheide, erwähnt er gar nicht. Freilich hat er nun auch wieder Bedenken, dass die Ehe Marias mit Joseph kein Sacrament gewesen sei, und die nachstehenden Stellen sind gesammelt, um das zu beweisen, obgleich doch hier die *copula carnalis* gefehlt habe. Sein Schlussresultat ist nun: *sponsas appellari coniuges spe futurorum, non re praesentium*.

Die Zeugnisse von Ambrosius und Chrysostomus werden wiederholt. Die *pactio coniugalis* ist nothwendig zur Ehe, und wenn jene die Nothwendigkeit der *copula carnalis* leugnen, so soll das nur heissen: die *copula carnalis* allein macht keine Ehe, es muss die *pactio coniugalis*, die *voluntas contrahendi matrimonium* vorangehen.

So sind alle Widersprüche gelöst. Die *Desponsatio* ist Verlöbniß; sie wird auch Ehe genannt, dann kann man sie wissenschaftlich nur als *matrimonium initiatum* bezeichnen. Die sacramentalen Wirkungen

der Ehe treten mit der *copula carnalis* ein, dadurch kommt sie zur Perfection. Die *copula carnalis* ist aber allein zur Ehebegründung nicht ausreichend, dazu muss die *pactio coniugalis* vorangehen. — Wie die Ehen aber geschlossen werden, wird nicht erwähnt, davon handelt Gratian in qu. 5.

Hier werden nun die bekannten Stellen gebracht, welche *dotatio* und *traditio* der Braut, sowie Oeffentlichkeit und priesterliche Einsegnung verlangen. Die ersten Punkte entsprechen dem geltenden deutschen Recht, die letzteren einer längst herrschend gewordenen Sitte. Aber heimliche Ehen sind nicht verboten und sind auch Ehen, aber nur wenn beide Contrahenten dem Richter die Gewissheit des vorhandenen ehelichen Consenses schaffen.

Jetzt erst haben wir die vorhin vermisste Krönung des Systems, und Gratians Ansichten sind demnach im Zusammenhange folgende:

Verlöbnisse sind keine Ehen; sie bilden die Vorbereitung zur Ehe, *matrimonium initiatum* — *initiatio matrimonii* wäre besser gewesen. Die Verlöbnisse werden zu Ehen durch *copula carnalis*. Denn jetzt sind sie Sacramente. Ehen werden geschlossen öffentlich mit kirchlicher Form; aber das ist nicht nothwendig, vielmehr muss auch die heimliche Verbindung als Ehe angesehen werden — ein Sacrament ist sie natürlich vor der *copula* noch nicht — sobald der ehestiftende Wille durch Eingeständniss beider Theile bewiesen werden kann. Ein Unterschied zwischen *sponsalia de praesenti* und *de futuro* ist Gratian unbekannt. *Desponsatio* ist für die Verlobung und für die Eheschliessung gebräuchlich. Die Wirkungen der Ehe aber von der *copula carnalis* abhängen zu lassen fällt ihm nicht ein.

Es entsteht nun die Frage, wie musste Gratian entscheiden, wenn eine *desponsata* sich mit einem anderen

Manne einliess, mit ihm sich verlobte und concumbirte, oder sich ehelich einsegnen liess? Die consequente Antwort konnte nur lauten: war die erste desponsatio, gleichviel ob sie de praesenti oder de futuro war, durch copula carnalis consummirt, so musste sie zurückkehren, aber ebenso auch wenn eine priesterliche Benediction erfolgt gewesen war, und endlich wenn sie und der frühere desponsatus die etwa heimlich geschlossene Ehe eingestanden. In der That haben wir ein werthvolles Zeugniss dass dies auch Rechtens gewesen sei. Sichard von Cremona erklärt das ausdrücklich¹.

Wie stellt nun Sohm Gratians Lehre dar? Nach ihm erklärt Gratian die desponsati für coniuges und dann für nicht coniuges und löst dies durch die Bezeichnung des matrimonium initiatum. — Also sagt Sohm ist das Verlöbniß der Anfang der Ehe, die Vollendung erfolgt durch Eintritt der Lebensgemeinschaft (copula carnalis); die Bedeutung des Beilagers ist nicht Eheschliessung, sondern nur Vollendung der Wirkungen der Ehe, das Verlöbniß ist der Act der Eheschliessung, so dass also durch jedes Verlöbniß eine Ehe zu Stande kommt, d. h. „die canonische desponsatio ist mit der germanischen und das canonische Sponsalienrecht mit dem deutschen Verlöbnißrecht identisch. Darum ist

1) Bei Schulte, Beitr. z. Geschichte der Literat. über d. Decret Gratians. I. Beitr. (Wien 1870) 48: Item quaeritur, an si liceat sponsae vel sponso renuntiare priori conditioni et transire ad secunda vota? Ad hoc respondeo, quia nequaquam licet de iure, sed si de facto sic fieret, referebat olim, utrum sponsa erat benedicta cum sponso nec ne. Si benedictio illa solemnis intervenisset, sive secundus desponsasset eam, etiam nuptias celebrasset et cognovisset, tamen primum reformabatur matrimonium. Item si non processum erat a primo usque ad benedictionem, referebat, utrum statum esset in eisdem finibus a secundo cum primo vel non. Si sic, rediebat ad primum, si ultra processum erat, manebat cum secundo.

die desponsatio auch ein Erforderniss des kanonischen Rechtes.“

Wir glauben, dass Sohm nicht zu diesem Resultate gelangt wäre, wenn er nicht vorher das deutsche Recht falsch erfasst hätte. So, ohne Rücksicht auf seine deutschrechtlichen Ergebnisse würde man seine Auffassung des kanonischen Rechtes kaum begreifen.

Also Gratian, der Verlöbniß und Ehe scharf auseinander hält, und nur die Erklärung des consensus sponsalitiis mit der des consensus matrimonialis unter demselben Namen desponsatio begreift, soll die desponsatio als Eheschliessungsact ansehen! Aber erzählt uns denn nicht Gratian einmal ausdrücklich dass die sponsa coniux genannt werden werde, mit Rücksicht auf eine künftige Ehe? Ja, sagt Sohm, das ist die Art der Scholastiker, die alle Ansichten neben einander bringen; die wahre ist doch die zuerst von Gratian aufgestellte, von mir referirte. Umgekehrt dürfte aber dies Raisonement richtiger sein. Nachdem Gratian alle Widersprüche aufgezählt hatte, giebt er schliesslich die Lösung, und diese zeigt, dass er die Bezeichnung coniuges für blos Verlobte als eine nicht juristisch zutreffende erachtete. Oder soll Gratian durchweg geschlafen haben? Er bringt die mehrfach angeführte Stelle des Gregor, welche mit seinem Schlussresultat übereinstimmt, und dieses soll doch nichts anderes sein, als eine neue, vertretbare aber dem Autor fremde Meinung!

Läge nur die von Sohm angezogene quaestio des Decretum Gratiani vor, so müsste vielmehr ohne Weiteres argumentirt werden: Verlöbniße bahnen die Ehe an, sind aber noch keine, sie werden zu Ehen durch die copula carnalis, folglich ist der eheschliessende Act, die erste Vollziehung der copula carnalis. Dass die desponsatio mit dem deutschen Verlöbniß identisch sei, kann also nicht behauptet werden; denn eine desponsata

ist nach Gratian nicht nur die deutschrechtlich Verlobte, sondern auch die tradita, bis eben zur copula carnalis. Und dass das Verlöbniß ein Erforderniß der Ehe darstelle, weil es Eheschliessung sei, ist demnach falsch, und wird auch durch die von Sohm angeführte Stelle aus dem Tractat der Göttweiger Handschrift eher widerlegt als bewiesen. „Desponsatio quae est signum legitimae conjunctionis“ heisst es dort, und das übersetzt Sohm, welche ein „Erforderniß der Ehe“ ist, und fügt hinzu: „Keine Ehe ohne Verlobung, weil nur die Verlobung Eheschliessung ist.“ Also signum heisst Erforderniß! Also Verlobung ist ein Erforderniß der Eheschliessung, weil sie selbst Eheschliessung ist, was nichts anderes sagt, als Eheschliessung ist Erforderniß der Eheschliessung. Und doch hat jene Stelle einen guten Sinn, und stimmt mit Gratian's Ansicht überein. Sagt dieser nicht ausdrücklich, dass die blosser copula carnalis noch keine Ehe mache, sondern dazu auch noch die pactio coniugalis d. i. die desponsatio treten müsse, die Intention, die copula als Ehegatten vollziehen zu wollen? Dafür ist allerdings die desponsatio ein signum, d. h. ein Zeichen, d. h. wenn desponsati die copula carnalis vollziehen, so kann man schliessen, dass sie das in ehestiftender Absicht gethan haben. In dem Sinne können auch die römischen sponsalia als signum matrimonii bezeichnet werden; denn bei ihrem Vorhandensein war es sicher, dass eine nachher geschlossene auch formlose geschlechtliche Verbindung kein Concubinat sondern eine Ehe war. —

Und wie gezwungen ist ausserdem Sohms Analogie selbst mit dem von ihm construirten deutschen Rechte. Wie kann man die traditio sponsae mit der copula carnalis dadurch identificiren, dass man sagt: bei beiden tritt Lebensgemeinschaft ein! Gegen diese Auffassung der copula carnalis verwahrt sich ja Gratian selber, in-

Sohm Tr. n. V.
p. 73.

dem er die Lebensgemeinschaft auch bei Geschwistern für vorhanden erklärt. Die bei Gratian betonte *copula carnalis* hat ihre Wesenheit in der körperlichen Vereinigung der beiden Eheleute, dass sie *una caro* werden; sie ist nur auf der Basis der Sacramentslehre verständlich. Auch zwischen einer tradirten Braut und ihrem sponsus besteht nach Gratian noch kein Sacrament, und doch ist Lebensgemeinschaft eingetreten. —

Aber hat denn nicht Gratian auch über Eheschliessung geschrieben? Erklärt er nicht für Ehen öffentlich geschlossene priesterlich eingesegnete Verlöbnisse, oder solche, wo beide Theile bekennen, eine Ehe haben schliessen zu wollen? Damit hat er doch auch einen Eheschliessungsgesetz statuiert, d. h. die Ehe wird geschlossen regelmässig durch eine benedicirte *desponsatio*. — Weit eher hätte Sohm diese Lehre für sich anführen können, denn hier wird in der That die *desponsatio* in Verbindung mit dem priesterlichen Segen oder gehörig bezeugt für Eheschliessung erklärt. — Aber das hat Gratian ausgesprochen zu einer Zeit, wo die öffentliche deutschrechtliche Verlobung, wenn sie überhaupt in Italien jemals geherrscht hatte, auch in Deutschland schon abgekommen war, und mit der *traditio* der Braut, d. h. der Eheschliessung, in Verbindung getreten, zu einem Acte geworden war, und zwar gewöhnlich zu einem kirchlichen. Die *desponsatio* bestand eben damals schon in derselben Form wie die heutige kirchliche Trauung, nur noch mit den Symbolen des alten Verlöbnisses, und namentlich der *dotatio*. Wäre es richtig, wie Sohm behauptet, dass dieser Trauung immer noch ein eigenes öffentliches formalcontractliches Verlöbniß vorangegangen wäre, so hätte er allerdings Recht, so würde dies nach Gratians Ansicht als ehebegründend angesehen werden müssen; da aber dies völlig beweislos ist, so müssen wir als Resultat Gratians hinstellen: Ist

eine öffentliche, d. h. durch Zeugen oder durch Eingeständniss der betheiligten Personen beweisliche oder vom Priester eingeseignete desponsatio geschlossen, so ist dadurch die Ehe begründet, d. h. da diese desponsatio mit der traditio zu einem Act zusammengezogen war und factisch also in Gestalt der heutigen Trauung auftrat: die Trauung begründet regelmässig die Ehe.

Aber Sohm führt neben Gratian noch Alexander III. an, der, bevor er Papst wurde, sein neuerdings edirtes Stroma verfasst hat. Er behauptet Gleichheit der Ansichten dieses mit Gratian. Das dürfte indessen zu bestreiten sein. Roland hat nämlich in der That die von Sohm ihm zugesprochene Ansicht. Er sieht in der desponsatio d. h. in der Verlobung den Act, durch welchen eine Geschlechtsverbindung eingegangen wird, die unlöslich sein sollte, die aber, wie er zugesteht indessen missbilligt, in der Praxis für löslich erklärt wird. Das Sacrament der Ehe und somit die eigentliche Ehe kommt aber dann erst durch die copula carnalis zu Stande, d. h. durch eine im Sinne und in Absicht der pactio coniugalis vollzogene. Er weicht meines Erachtens von Gratian durchaus ab, und indem er ihn interpretirt, schiebt er seine Ansicht überall unter.

Wenn Gratian eine Stelle anführt, welche sponsalia im römischen Sinne fasst, und dagegen keinerlei Einwendung erhebt, so fügt Roland sofort hinzu, die futurae nuptiae seien als futura copula carnalis anzusehen¹; er steht in der That dem nahe, was Sohm das deutsche Recht nennt, d. h. nach unserer Meinung: er hat eine vom deutschen Rechte durchaus abweichende Ansicht. Eingehung der desponsatio ist ihm Eheschliessung, aber auch Eingehung jedes noch so formlosen Verlöbnisses; von der Nothwendigkeit eines Formalcontractes, dem

1) Ed. Thaner, S. 151.

Sohm doch allein die ehestiftende Kraft beimisst, weiss er nichts.

Aber kann man, wenn ein Canonist eine solche Ansicht vertritt, mit Sohm sagen: es war die Ansicht des kanonischen Rechtes? Würde diese Behauptung selbst gerechtfertigt sein, wenn Sohm in Bezug auf Gratian Recht hätte? Roland erzählt uns selbst, dass er die geltende Praxis, d. h. das herrschende kanonische Recht nicht mit seiner schulmässigen Ansicht vereinen könne. Er referirt auch, was wir als Gratians Ansicht entnehmen mussten, dass sponsalia mit kirchlicher Benediction, d. h. Eheschliessungen anders beurtheilt worden seien, als blosse Verlöbnisse; er referirt endlich, dass der ganze von Nicolaus den Bulgaren geschilderte Eheritus nicht beim Verlöbniß, sondern nach demselben (d. h. also bei der Eheschliessung) gebraucht werde, aber misst dieser keine juristische Kraft zu, sondern lediglich der copula carnalis. — Rolands Ansicht war die eines einzelnen Canonisten, die für das geltende Recht an und für sich indifferent war, und nur eine Geltung empfing, wenn sie durch irgend einen Papst die Sanction erhalten hatte.

Dazu kommt aber noch — und Schultes Publicationen setzen Sohm in den Stand, dies mitzutheilen, dass die französische Rechtsbildung wesentlich von der italienischen abwich. Denn die französische Kirche unterschied desponsatio legalis d. h. Verlöbnisse, von der desponsatio canonica d. h. der Eheschliessung, und mass der letzteren die Wirkung der Ehe bei, auch ohne jede copula carnalis, ohne Benediction, und selbst wenn der Consens von einem der Contrahenten nicht zugestanden werden sollte.

Es hängt das unstreitig wieder mit der Sacramentslehre zusammen. Denn gerade in Frankreich findet sich auch die Theorie, dass die copula carnalis zum Wesen des Ehesacramentes ebenso wenig gehöre, wie verba

certa. So sagt Durandus¹: *Matrimonium potest vere contrahi sine verbis puta per literas inter absentes vel per nutus et signa — et aequè verum est sacramentum sicut matrimonium per verba contractum.*

Diese Auffassung der Eheschliessung ist aber auf einem Boden entstanden, welcher dem deutschen Recht weit näher stand als Italien, welcher selbst in den späteren Ritualen die Reminiscenzen des deutschen Eheschliessungsrechtes treu bewahrt hat. Und doch soll in Italien das deutsche Eheschliessungsrecht gegolten haben, welches in Frankreich nicht galt.

Es ist aber unrichtig wenn Sohm nicht nur einen Gegensatz zwischen dem französischen und italienischen Recht statuirt, sondern auch zwischen dem französischen und dem gemeinen kanonischen Recht. Wie kommt er dazu die Ansichten italienischer Canonisten mit dem gemeinen Recht zu identificiren! Muss nicht vielmehr eine vorurtheilsfreie Betrachtung zu dem Ergebniss führen: ein gemeines kanonisches Eheschliessungsrecht gab es gar nicht, wie es auch keine gemeine Ansicht über das Ehesacrament gab.

Aber jedenfalls wurde ein gemeines Recht durch Alexander III. hergestellt. Er recipirt den Unterschied zwischen *sponsalia de futuro* und *de praesenti*. Die ersteren sind Verlöbnisse, die zweiten Ehen.

Es war das nicht, wie Sohm meint, ein willkürliches, die geschichtliche Entwicklung hintenansetzendes Verfahren, sondern umgekehrt ein Verlassen theoretischer Maximen, welche niemals praktisch gewesen waren. Denn praktisch war kirchliche Eheschliessung gewesen, d. h. die Begründung der Ehe im Gegensatz zu der des Verlöbnisses. Allerdings war die frühere Lehre,

1) Hahn a. a. O. 128.

dass das Sacrament durch die *copula carnalis* zu Stande komme noch nicht aufgegeben, Lombardus, der *sponsalia de praesenti* und *de futuro* unterscheidet, hat sie, Alexander III. hing ihr an, und sie hat im kanonischen Recht den Satz zurückgelassen, dass nicht consummirte Ehen durch feierliches Gelübde eines Ehegatten *de vinculo* gelöst werden können¹. Sohm sagt, die *sponsalia de praesenti* sind darum als solche löslich. Wir verstehen das nicht. Derselbe Schriftsteller, welcher sagt, deutschrechtliche Verlöbnisse sind einseitig unlöslich, denn es steht Strafe darauf, falls sie in nicht gesetzlich fixirten Fällen gelöst werden, der sich also einen neuen Begriff für „löslich“ erfunden hat, sagt eine Anzahl Seiten später: *sponsalia de praesenti* sind löslich, denn sie können in einem Falle gelöst werden. Jeder Unbefangene drückt beides umgekehrt aus. Solche Argumentationen machen den Eindruck als ob nicht eine objective historische Untersuchung, sondern eine Advocatenschrift vorläge, die ein von vorne herein feststehendes *thema probandum* zu beweisen hat. —

Aber, sagt Sohm, die kirchliche neue Theorie war von vorne herein praktisch unmöglich, denn in allen Ländern war das deutsche Eheschliessungsrecht in Geltung: Eingehung eines Verlöbnisses mit dem Willen gegenwärtiger Eheschliessung wenngleich erst künftiger ehelicher Gemeinschaft. Wir sagen umgekehrt: das bestand weder in Deutschland, noch irgend wo. Die französische, von Alexander III. gebilligte Neuierung schloss sich vielmehr wirklich dem in allen Länder geltenden Recht durchaus an, denn nirgends waren Verlöbnisse Ehen, und der Begriff einer Ehe mit negativen Wirkungen war von Sohm noch nicht erfunden. Nur darin

1) Auch den, dass das *impedimentum affinitatis* erst durch *copula carnalis* begründet werde.

hat Sohm Recht, dass es für die Praxis jetzt schwierig wurde, zu erkennen, ob der eheliche Consens auf die Gegenwart oder die Zukunft gerichtet war. Lag kirchliche Trauung vor, so war alles klar, sonst bedurfte es einer eingehenden Untersuchung.

Aber behauptet nun Sohm, bei Betrachtung der einzelnen Stellen des *Corpus juris canonici* zeigt sich, dass der Unterschied zwischen *sponsalia de praesenti* und *de futuro* ein fließender war, mit a. W.: gar nicht existirte.

Wir werden sicherer gehen, wenn wir zunächst die in die *Compilationes antiquae* aufgenommenen Stellen beleuchten.

In der *Comp. I. lib. IV. tit. I.* haben wir in c. 10 eine Decretale Innocenz II., nach welcher eine Braut dem Manne tradirt wird; er nimmt sie aber nicht in sein Haus, sondern lässt sie noch in dem väterlichen *donec statuta die in domum traduceret*. Sie ist doch schon seine Ehefrau, *ex eo statim coniux fit, quo spontanea confessione sese coniugem esse asserit*. — Der Titel *de sponsa duorum* zeigt uns sogar, wie allmählig und nicht überall gleichzeitig das neue Recht Alexanders III. eindrang; aber dieses selbst ist völlig klar und unzweifelhaft. Obgleich keine kirchliche Feierlichkeit eingetreten ist, und keine *copula*, heisst es in c. 8 ist es doch Ehe *si vir et mulier ipsa pari consensu de praesenti se recipiant*. Ebenso wird entschieden c. 8 und 9. In der *Comp. III.* wird lib. IV. tit. 3 c. un. der Gebrauch der Modeneser Kirche, jede *desponsatio* als Ehe anzunehmen, geradezu verworfen, und nur die *sponsalia de praesenti* als Ehen bezeichnet.

Betrachten wir weiter den Bernardus von Pavia. In seiner *Summa* scheidet er durchaus Verlöbniß und Ehe. Das erstere wird eingegangen: 1) *nuda promissione*, 2) *datis arrhis sponsalitiis post promissionem*, 3) *interveniente annuli subarrhatione*, 4) *interveniente sacramento*. Die

sponsalia sind aber¹ entweder de praesenti oder de futuro, die ersteren schliessen jede Trennung aus. Ebenso lässt er über seine Ansicht im tit. 10 keinerlei Zweifel aufkommen. In seiner Summa de matrimonio² spricht er auch von der diversa quorundam sententia et ecclesiarum consuetudo diversa — melius tamen est rationem et Romanae eccl. in hoc imitari d. h. sponsalia de praesenti und de futuro zu unterscheiden. —

Gehen wir jetzt zum Corpus iuris selbst über, so weist Sohm zunächst hin auf c. 2 X. de matr. contrah. (4, 16). Hier, sagt er, haben zwei contrahirt, wie der Papst selbst zugiebt per verba praesentis temporis — fide hinc inde corporaliter praestita und es fehlte nichts, als die kirchliche Trauung; dennoch entscheidet Alexander III., dass keine Verpflichtung zwischen ihnen entstanden sei, excepta sola fide de contrahendo.

Die Stelle erscheint im Corpus iuris mit der Rubrik: sponsalia de futuro sind nicht im Stande, eine später, wenn auch gegen das Verbot der Kirche geschlossene Ehe zu entkräften, und ebenso finden wir in der Comp. I., woher sie stammt. Sind nun nicht hier sponsalia de praesenti und de futuro dem Namen und der Sache nach gleichgestellt, und hat demnach nicht Sohm mit seiner Behauptung Recht? In der Compilatio I. steht nichts von verba de praesenti, sondern nur „desponsasset“; auch nicht, dass nur die kirchliche Solemnität gefehlt habe. Nach der desponsatio sei Verdacht entstanden, der sponsus wolle eine andere Person heirathen, darum habe ihm der Bischof die Ehe verboten, er aber doch eine solche kirchlich geschlossen. Die verlassene sponsa habe nun an den apostolischen Stuhl appellirt — warum, erhellt nicht — sich aber dann

1) Ed. Laspeyres S. 185.

2) ebendas. S. 298.

auch selbst anderweitig — und zwar trotz eines ihr gleichfalls gewordenen bischöflichen Verbotes verheirathet. Der Papst entscheidet, dass, wenn nur die erste *desponsatio* im Wege stünde, beide von beiden Theilen später geschlossene Ehen gültig seien.

In derselben Gestalt ist aber die *Decretale* in das *Corpus iuris* aufgenommen, ja um jeden Zweifel auszuschliessen, fügten die Compileren noch bei der Entscheidung des Papstes hinzu: wenn ein *consensus de futuro* vorhanden gewesen sei, dann seien die späteren Ehen gültig. Es erhellt, dass das durchaus dem von Alexander III. gesetzten Rechte entspricht, und da die *Decretale* nur in der angegebenen Gestalt kanonisches Recht geworden ist, so würde, wenn Sohm den Inhalt des Falles richtig angegeben hätte, doch das der Stellung des kanonischen Rechtes nicht präjudiciren, welches eben den *status causae et controversiae* anders vor sich hatte, und die dem entsprechende Entscheidung als massgebend hinstellte. — Schlimmsten Falles würde sich nur ergeben, dass Alexander III. selbst sich einer argen Inconsequenz schuldig gemacht hätte, und dass er allen seinen sonstigen Entscheidungen zum Trotz, *sponsalia de praesenti* ohne kirchliche Trauung nicht für Ehen erachtet hätte. Aber auch er ist zu rechtfertigen und ist nicht inconsequent gewesen. Der anfragende Bischof stellt ihm den Fall vor, dass R. und Mathilde *per verba de praesenti* contrahirt hätten, und zwar nach der *desponsatio*, so dass also zwei getrennte Acte vorliegen. Als der Process wegen der nun von R. nichts desto weniger darauf anderweitig eingegangenen kirchlichen Ehe eingeleitet wird, sagt Maria: *quod pater eius non moverat de voluntate eius querelam*; was das heissen soll, ist unklar, die *Casselana*, welcher die Ergänzung von Richter entnommen ist, liest: *quod pater eius non nouerat de voluntate eius*. Das wäre deutlich. Der

Vater hat sich an den sponsalia de praesenti gar nicht betheiligt, Maria meint, deswegen seien sie nicht vollkräftig gewesen; aber fügt sie weiter hinzu, quod inter ipsam et praefatum R, excepta sola fide de contrahendo matrimonio nulla obligatio intercesserat. — Das sagt also Maria, eine Partei, nicht wie es nach Sohms Referat erscheinen muss, der Papst. Was heisst das? Doch nichts Anderes, als sie leugnete, dass sponsalia de praesenti geschlossen seien, nur eine fides de contrahendo matrimonio, d. h. nur Verlöbniß liege vor, Verpflichtungen über eine in Zukunft zu schliessende Ehe, sonst keine andere obligatio. Und wie entscheidet nun der Papst? Er bedauert, die Parteien nicht selbst vernehmen zu können. Hätte er die Idee gehabt, dass sponsalia de praesenti keine Ehen seien, so wäre dies Bedauern unerklärlich; dann war der Sachverhalt ganz klar; denn dass die sponsalia zwischen Maria und R. nicht kirchlich eingesegnet waren, war ebenso unzweifelhaft, wie dass dieses bei denen des R. mit der zweiten sponsa, der Mathilde, der Fall war, — darum soll der Bischof untersuchen, und zwar den Consens zwischen Maria und R. Giebt dieser für die zwischen R. und Mathilde geschlossene Ehe kein Hinderniss, dann soll diese gültig sein, — inquiratis diligenter veritatem, et si nihil extiterit quod impediatur propter consensum qui inter praefatum R. et M. asseritur processisse etc. — Umgekehrt: giebt er ein Hinderniss, dann ist die zweite Ehe ungültig. M. a. W.: war die desponsatio zwischen Maria und R. de praesenti, dann kann die zweite Ehe nicht zu Stande kommen, war sie de futuro — deshalb fügten die Compileren hier dieses Wort ausdrücklich hinzu — dann hindert sie nicht.

Die Stelle passt also ganz und gar, nicht blos in ihrer dem corpus juris eigenthümlichen Gestalt in das System des kanonischen Rechtes, sondern auch in ihrer

ursprünglichen Gestalt in die neue Lehre Alexander's III.

Die zweite von Sohm angeführte Stelle c. 13. X de praesumpt. (2, 23) soll den Beweis liefern: *nicht das Verlöbniß, auch nicht sponsalia de praesenti, sondern erst die Trauung führt die Verlobten in das eheliche Leben ein.*

Dazu ist zuvörderst zu bemerken, dass die Formulierung des thema probandum eine absolut unjuristische ist. Die Frage ist doch nur, ob die Abschliessung der sponsalia de praesenti Eheschliessung ist; dass für die Existenz der Ehe, das wirkliche Zusammenleben der Ehegatten juristisch irrelevant ist, versteht sich ja nach dem neuen Recht Alexander's III. von selbst, wird von diesem direct bezeugt, und sollte eben von Sohm widerlegt werden. Dass die sponsalia de praesenti im factischen Leben gewöhnlich noch nicht das eheliche Zusammenleben herbeiführten, sondern erst die kirchliche Trauung, ist ja so wie so bekannt und bedarf keines besonderen Beweises.

Die angeführte Stelle enthält aber den Fall, dass ein Jüngling sponsalia de praesenti, d. h. eine Ehe geschlossen hatte. Darauf erhebt eine Nichte der sponsa Einsprache, weil der sponsus mit ihr die copula carnalis vollzogen habe; die Frage an den Papst ist nun: an debeat sponsam in uxorem habere; „also, sagt Sohm, ist die sponsa als solche noch keine uxor, d. h. noch nicht thatsächlich Ehefrau und muss die thatsächliche Vereinigung und damit ein wahres matrimonium noch erst herbeigeführt werden.“ Wir antworten, ob eine uxor thatsächlich Ehefrau ist oder nicht, ist rechtlich ganz gleichgültig; im vorliegenden Falle ist die sponsa aber auch trotz der sponsalia de praesenti auch rechtlich nicht Ehefrau, weil ihrer Ehe das impedimentum affinitatis d. h. ein dirimens entgegenstand, welches eine Ehe

gar nicht zu Stande kommen liess. Deshalb kann er sie nicht in uxorem habere was doch nichts anderes heisst, als er kann sie nicht zur Ehe haben, gar keine Ehe mit ihr schliessen. Und so entscheidet auch der Papst: Consultius esse credimus, ut matrimonialiter non conjugantur, sed ab invicem solutis sponsalibus separentur, d. h. sie dürfen nicht die copula carnalis vollziehen, weil dadurch ein Incest begangen wird. Durch die blosse Abschliessung der sponsalia de praesenti war das noch nicht geschehen. Durch diese war rechtlich noch gar nichts vorgegangen; würden sie aber matrimonialiter conjugirt, oder wie besser zu lesen ist, iungirt, so würde eine Ehe zwar auch nicht zu Stande gekommen sein, wohl aber eine Blutschande vorgelegen haben; desshalb sollen die sponsalia, d. h. die irrig für sponsalia de praesenti angenommenen durch Richterspruch gelöst, d. h. formell für nichtig erklärt werden.

Wenn Sohm daher sagt: *trotz der sponsalia de praesenti besteht thatsächlich nur Brautverhältniss, kein matrimonium, d. h. keine eheliche Genossenschaft*, so superditirt er hier wieder einmal für matrimonium den Begriff eheliche Gemeinschaft, während beide sich nicht decken, und übersieht dann ganz, dass gar keine sponsalia de praesenti rechtlich vorlagen, sondern nur der factische Schein derselben.

Führt aber Sohm schliesslich c. 14. X. de desp. impub. (4, 2) an, so verstehen wir das, offen gesagt, gar nicht mehr, da die Stelle allen seinen gekünstelten Argumentationen geradezu ins Gesicht schlägt.

Ein Edelmann desponsirt seine zwölfjährige Tochter. Die nuptiae werden natürlich noch hinausgeschoben. Frage: war diese desponsatio eine Ehe oder nicht? Antwort: ja, wenn 1) die sponsa im Heirathsalter war, denn sonst konnte sie keinen Eheconsens ab-

geben, und ein von ihr ausgesprochener hatte keine rechtliche Wirkungen und 2) wenn der consensus de praesenti war.

Auch hier, sagt Sohm, ist als selbstverständlich vorausgesetzt, dass auf die desponsatio, auch wenn sie de praesenti geschlossen war, dennoch die nuptiae und damit die eheliche Gemeinschaft erst nachfolge.

Ganz natürlich. Die sponsa war ja erst zwölf Jahr alt; auch deswegen ganz natürlich, weil gewöhnlich kirchliche Einsegnung der Ehe gebräuchlich war; endlich natürlich, weil Fälle der sponsalia de praesenti, wo sofort eheliches Zusammenleben eingetreten war, fast nie zu päpstlicher Entscheidung gelangten. Da lag die Rechtsfrage ganz einfach, weil es gleichgültig war, ob die sponsalia de praesenti oder de futuro waren, denn auch die letzteren waren nach Vollzug der copula carnalis Ehen, und es war daher keine principielle Rechtsfrage zu erledigen, sondern lediglich eine Beweisfrage, ob überhaupt sponsalia der copula carnalis vorangegangen waren. —

Aus den angeführten Stellen zieht Sohm nun aber den ungeheuerlichen Schluss, dass die sponsalia de praesenti bloß ein *Versprechen der Ehe* (nämlich der Trauung und der ehelichen Gemeinschaft) bedeuten. Ist denn Trauung und Ehe identisch? gehört denn nach kanonischem Recht die Begründung der ehelichen Gemeinschaft zum Wesen der Eheschliessung? das Wesen der Eheschliessung ist vielmehr einmal, dass ein unlösbares Band geknüpft, und zweitens, dass ein Sacrament celebrirt wird. Beides kommt weder durch die priesterliche Trauung noch durch die copula carnalis zu Stande, sondern durchaus und allein durch sponsalia de praesenti. Darum ist die Abschliessung dieser gleich Eheschliessung.

Man kann es ja vom gesetzgeberischen Standpunkt

aus bedenklich finden, eine Ehe für vorhanden zu erklären ohne sofortige Begründung des factischen Zusammenlebens: aber das kanonische Recht nicht nur hat diesen Standpunkt, sondern auch im modernen Rechtsleben findet er sich. Denn kommt nicht durch die Civiltrauung rechtlich die Ehe zu Stande? und doch wird fast überall die kirchliche Trauung noch dazu begehrt und erst mit dieser beginnt das eheliche Zusammenleben. Und kann man darum rechtlich die Civileheschliessung bezeichnen als das Versprechen sich kirchlich trauen lassen zu wollen? Dann käme ja gar keine Ehe zu Stande, denn durch kirchliche Trauung wird wo Civilehe ist keine Ehe begründet.

Somit können wir auch nicht verstehen, wenn Sohm sagt, *also sind sponsalia de praesenti Verlobungen im Sinne des deutschen Rechtes*. Wir sagen nicht einmal im Sinne Sohm's, der von dem des deutschen Rechtes doch himmelweit verschieden ist. Denn sponsalia de praesenti begründen nicht blos die negativen Wirkungen der Ehe, sondern auch juristisch alle positiven, und die Kirche hatte gar nichts dagegen, wenn auch gleich die copula carnalis folgte, wie das ja auch häufig genug geschehen ist. Mit den sponsalia de praesenti kommt das Sacrament der Ehe zu Stande. Alles das ist bei den Verlöbnissen des deutschen Rechtes, selbst wie Sohm sie darstellt, nicht der Fall, wie sie in Wahrheit waren, natürlich erst recht nicht.

Auf die falsche Unterlage seiner sponsalia de praesenti setzt aber Sohm nun mit grossem leider in die Irre gegangenen Scharfsinn ein neues wieder von ihm unter allen Forschern seit fast sechshundert Jahren zum ersten Male gesehenes Phantom: die sponsalia de futuro. Diese müssten, meint er, sein ein Vertrag über zukünftige Schliessung von sponsalia de praesenti. Und er kann sich auch der Wahrnehmung nicht entziehen, dass

das im Corpus iuris so steht. Aber, sagt er, da die sponsalia de praesenti nur Verlobungen sind, d. h. Verträge eine Ehe schliessen zu wollen — das ist aber falsch wie wir gesehen haben — so wären also sponsalia de futuro, Verträge über einen Vertrag, die Ehe schliessen zu wollen, und demnach selbst gar keine Verlobungen — *dass diese Consequenz*, fährt Sohm sehr richtig fort, *eine Consequenz ad absurdum, also die Prämisse falsch ist, liegt auf der Hand*. Dann aber löst er die Schwierigkeit mit beneidenswerther Kühnheit durch den Schluss, folglich sind die sponsalia de futuro gar nicht solche Verträge, sondern mit den sponsalia de praesenti identisch, Verlobungen gleich diesen.

Dass das *absurdum* seiner Schlussfolgerung nur eine Consequenz seiner gequälten und irrigen Auffassung der sponsalia de praesenti ist, merkt er gar nicht. Der Irrthum über diese treibt ihn nothwendig, weil er logisch denkt in ein neues Meer von Irrthümern hinein. Und wenn er sagt, dass der von uns anerkannte Sprachgebrauch eben so unrichtig wäre, als wenn man den Kauf, traditio in futurum und die traditio traditio de praesenti nennen wollte, so entgeht ihm, dass er sich selbst und seine ganze Argumentationsweise geisselt. Denn nach Sohm's Analogie ist der Kauf die Eigenthumsübertragung, d. h. er bringt die negativen Wirkungen des Eigenthums hervor. Der Verkäufer darf keinen Andern mehr zum Eigenthümer machen; die traditio ist nur die Erfüllung. Der Verkauf ist traditio inchoata, die traditio selbst traditio perfecta. Folglich geht durch Kauf schon ohne Tradition Eigenthum über. Ganz richtig sagt Sohm, dass der Kauf überhaupt keine Tradition sei; daraus folgt aber nicht, dass die Sponsalia de futuro keine Verlöbnisse sind, sondern dass Verlobung keine Eheschliessung ist.

Es ist demnach auch unrichtig, wenn Sohm be-

behauptet, dass die sponsalia de praesenti und de futuro ihrem Inhalt nach identisch und nur den Worten nach verschieden waren. Er beruft sich dafür auf eine von mir angeführte Stelle des *liber officialis* von St. Andrews, die er aber wieder unvollständig mittheilt und falsch interpretirt¹. Der Gebrauch der Worte: *I promyth to you, that I sall mary yow and that I sall nevere haiff ane other wiff and thereto I giff you my faith* wird hier nach Sohm für sponsalia de futuro und de praesenti erklärt, obgleich doch nur eine Willenserklärung vorlag. Richtig ist nur, dass der Richter erkannte, die Parteien hätten sponsalia tam per verba de futuro quam de praesenti geschlossen. Auf jene Verlobung nämlich folgte die copula carnalis, und somit ist die richterliche Argumentation einfach folgende. Die Parteien sind sponsalia de futuro eingegangen; nur so sind die Verlobungs-Worte zu interpretiren und juristisch aufzufassen. Durch die hinzugetretene copula carnalis wurden diese zur Ehe, d. h. zu sponsalia de praesenti. Dass der Richter die sponsalia de futuro speciell erwähnt, war nothwendig, weil die copula carnalis allein keine Ehe begründete; dass er aber Ehe durch sponsalia de praesenti ausdrückt, entsprach durchaus der dermaligen Uebung.

Ebensowenig aber ist Sohm nachzuweisen im Stande, dass die Päpste dieselbe Willenserklärung der Brautleute bald für sponsalia de praesenti bald für de futuro erachtet hätten und wenn er den kanonischen Sprachgebrauch für sich anführt, dass Ehen und Verlöbnisse beide sponsalia genannt worden seien, und damit ihre Identität beweisen will, so fällt das gar nicht ins Gewicht, wenn man sich nur vergegenwärtigt, wie der Unterschied selbst aus dem einen Begriffe der de-

1) F. 18.

sponsatio von der fränkischen Kirche herausgebildet wurde.

Es ist also auch unrichtig, dass sponsalia de praesenti und de futuro denselben Thatbestand gehabt hätten, vielmehr unterscheiden sie sich in der Weise inhaltlich, wie die ganze Welt bis auf Sohm Verlöbnisse und Ehen von einander geschieden hat, und wohl auch künftig immer scheiden wird.

Es existirte also auch kein „Freibrief“ der Praxis, eine Verbindung bald als Ehe, bald als Verlöbniß auszugeben. Wie die Praxis sich vielmehr benehmen sollte, hat Alexander III. ihr deutlich vorgezeichnet¹. „Ad communem verbi intelligentiam recurratur, et cogatur uterque verba prolata in eo sensu accipere quem solent recte intelligentibus generare.“

Also auf den Sinn der Erklärung soll gesehen werden, nicht auf die Worte. Dass damit der discretionären Gewalt des Richters ein grosser Spielraum geöffnet wurde, wer will das leugnen? Das wird uns für das Mittelalter durch Luther bezeugt, und beweist ein Blick auf das heutige schottische Recht. Denn der schottische Richter erklärt eine kirchliche Trauung nicht für sponsalia de praesenti, weil er an dem wirklichen Consens der Braut zweifelt², und in einem anderen Falle wird die Erklärung eines Mädchens, worin sie einen Mann als ihren gesetzmässigen Ehemann anerkannte, obgleich sie verlangt hatte, er dürfe den Schein nie gegen ihren Willen gebrauchen und denselben zurückbegehrt hatte, für ehebegründend erklärt³.

Ueberhaupt haben wir doch die beste Illustration des kanonischen Rechtes in dem heutigen damit ganz identischen schottischen. Hier ist aber der Unterschied

1) C. 7 X. de sponsal. et matr. (4, 1).

2) Vgl. F. 445. — 3) F. 447.

zwischen sponsalia de praesenti und de futuro ganz genau anerkannt, wie wir es für das kanonische Recht behauptet haben, und Sohm es ganz mit Unrecht bestreitet.

Aber zwei Fälle erkennt auch Sohm an, wo sponsalia de futuro und praesenti von einander geschieden gewesen seien; der erste die sponsalia impuberum, so dass das gleiche Rechtsgeschäft, welches unter Mündigen geschlossen, eine desponsatio de praesenti war, unter Unmündigen als eine desponsatio de futuro behandelt wurde. Die desponsatio impuberum sei fictione iuris de futuro gewesen. Was fingirt wurde war nicht ein anderer Willensinhalt, also ein anderes Rechtsgeschäft, sondern nur eine andere Zeitbestimmung.

Man sieht, Sohm concedirt nur mit der einen Hand, mit der anderen ergreift er sofort seine Concession, um auch diese Lehre in Verwirrung zu stürzen und seine Meinung zu stützen.

Also die desponsatio impuberum und puberum war das gleiche Rechtsgeschäft! Das kann nur der behaupten, welcher Verlobung und Eheschliessung für gleiche Rechtsgeschäfte erachtet, d. h. bisher nur Sohm.

Wir, die wir ihre Verschiedenheit genugsam behauptet und wie wir meinen bewiesen haben, wir sagen: die Worte der desponsatio impuberum und puberum mögen ganz gleiche sein, das Rechtsgeschäft war ein ganz verschiedenes, und einfach darum, weil impuberes gar keine Ehen schliessen konnten. Darum wurde, sie mochten Worte gebrauchen, welche sie wollten, immer fingirt, sie seien de futuro, d. h. sie schlossen Verlöbnisse, da Ehen rechtlich unmöglich waren. Nicht also, wie Sohm wieder verkehrt behauptet, wurde eine andere Zeitbestimmung fingirt, und nicht waren impuberes des „Ehevertrags“ fähig. Sie waren eben nur des Verlöbnißvertrages fähig, nur eines bestimmten Rechtsge-

schäftes, der Verlobung, die Ehe konnten sie auch nicht mit einem dies eingehen.

Der zweite Fall, den Sohm herbeizieht, ist der der bedingten sponsalia. Selbstverständlich setzt er auch diese Lehre in die bei ihm nun schon aus logischer Consequenz nothwendig gewordene Verwirrung. Bedingte sponsalia de futuro und de praesenti sind *unterscheidbar*, der *Willensinhalt* ist bei beiden gleich, die *Willensclauseln* sind verschieden. Ganz richtig wenn sponsalia de praesenti und de futuro überhaupt identisch wären. Da das aber nicht der Fall ist, so sind sponsalia de futuro mit Bedingung: ein bedingtes Verlöbniß, de praesenti: bedingte Ehe. Bei jenen verpflichtet man sich bedingt, eine Ehe eingehen zu wollen, bei diesen schliesst man sie wirklich bedingt ab. Die Wiederbelebung der längst widerlegten Ansichten Stahls ist also als durchaus verfehlt zu bezeichnen, und die Unterstützung der vorgetragenen Meinung durch c. 5 X. de condit. appos. (4, 5) nicht minder. Denn der Papst sagt hier nicht, wie Sohm behauptet, dass ein bedingter consens, licet per verba de praesenti evidenti-
tius exprimatur, non sit de praesenti habendus, sondern dass da sponsalia de praesenti einen Ehebeabsichtigenden wirklichen Consens voraussetzen, dieser nicht anzunehmen sei, wenn die Wirksamkeit des Consenses in alieno arbitrio non habito sed habendo consistit. — Phillips hat diese Stelle ganz richtig interpretirt¹.

Schliesslich aber, und wie er meint, endgültig, sucht Sohm eine Begründung für die von ihm behauptete Identificirung der sponsalia de praesenti und de futuro in den Wirkungen der sponsalia de futuro cum copula subsecuta, d. h. in dem Umstande, dass diese eine Ehe begründen, ohne Rücksicht auf den Willen, welcher bei

1) Zeitschr. f. Kirchenrecht, 5, 374.

deren Vollziehung obgewaltet habe. Sie bedürfen also zur Begründung der Ehe gar keiner sponsalia de praesenti mehr; sponsalia de futuro sind vielmehr eventuelle Eheschliessungen, d. h. bei ihrer Begründung ist *die Ehwirkung in pendent*, tritt aber ein, wenn copula carnalis erfolgt. Sohm giebt sich selbst die Antwort, die wir ihm hierauf zu ertheilen haben. Er erzählt uns, dass sponsalia de futuro cum copula subsecuta matrimonium praesumtum machen, d. h. ganz richtig: der thatsächlich bei der Vollziehung der copula vorhandene Wille ist rechtlich gleichgültig, aber doch nicht, weil er nicht erforderlich wäre, sondern weil er als vorhanden präsumirt wird. Mit anderen Worten: wenn zwei sich verloben, so beabsichtigen sie eine Ehe zu schliessen, d. h. sponsalia de praesenti einzugehen. Die Eingehung dieser bedarf keiner Form, sondern nur eines beiderseitigen Willensactes. Diese Willensrichtung ist aber als noch vorhanden anzunehmen, wenn sie concumbiren, d. h. ehelich zusammenleben, und diese Präsumtion ist gerechtfertigt, weil ja die Absicht, einen derartigen Willensact in Zukunft vollziehen zu wollen, in den Sponsalia de futuro von beiden Theilen ausgesprochen worden war. Ob die Kirche Recht daran gethan hat, das Factum der copula als ohne weiteres für den Willen bei derselben präjudicirlich anzusehen, kann vom legislativen Standpunkt aus ja bestritten werden, dass sie es gethan hat, ergiebt sich auch daraus, dass die Vollziehung der copula carnalis überhaupt vorangegangene Willensfehler heilt, also als eine Willenserklärung angesehen wird. Wer gezwungen ehelichen Consens abgiebt, hat einen mangelhaften zur Ehebegründung nicht ausreichenden Willen gehabt; vollzieht derselbe aber ungezwungen die copula, so ist die Ehe vorhanden. Die copula allein hat diese Wirkung nicht, denn wenn bewiesen wird, dass sie erzwungen war, so heilt sie nicht

und bewirkt keine Ehe. Dies thut lediglich der Willensact bei der copula.

Auch ist es wieder nicht richtig, dass bei Abschliessung der sponsalia de futuro und nachfolgender copula, die Ehe als *schon damals durch Abschluss der sponsalia de futuro geschlossen* gilt. Die Ehe beginnt vielmehr erst mit dem Augenblick der vollzogenen copula, und diese hat keine rückwirkende Kraft. Die *Ehewirkung* der sponsalia de futuro ist aber nicht *in pendent*, weil sie nie eine Ehewirkung haben. Eine solche haben nur sponsalia de praesenti, d. h. der kundgegebene Wille gegenwärtiger Eheschliessung, sei es, dass er wörtlich u. s. w. geäussert wird, sei es, dass er ein präsumirter ist. Auch liegt kein Widerspruch gegen unsere Auffassung in der von Sohm hervorgehobenen Thatsache, dass noch Alexander III. und Innocenz III. den blossen consensus zur Eheschliessung nicht für ausreichend erachteten, sondern verba expressa verlangten. Wir wissen, dass Verschiedene das als zum Wesen eines Sacramentes gehörig verlangten; dass aber durch die copula carnalis nach der pactio coniugalis ein Sacrament zu Stande komme, war ja alt hergebrachtes Recht, und wenn das Sacrament schon bei der blos wörtlichen Erklärung des Eheconsenses angenommen wurde, so verstand sich das bei der thatsächlichen der copula carnalis erst recht.

Stellen wir nun schliesslich das Ergebniss unserer Untersuchung zu dem deutschen Eheschliessungsrechte in Vergleichung, so ergiebt sich eine völlige Gleichheit nach der Richtung hin, dass Verlöbnisse noch keine Ehen waren, dass also — Sohm natürlich umgekehrt — Eheversprechen noch keine Eheschliessungen bedeuteten, dass vielmehr die Verlöbnisse ein Band erzeugten, welches begrifflich und inhaltlich von dem ehelichen durchaus verschieden war.

Die Ehen kommen nach deutschem Rechte nur durch die traditio der Braut zu Stande, denn Eheschliessung ist Mundkauf, im kanonischen Rechte durch Willenserklärung oder concludente Handlungen. Das kanonische Recht konnte demnach deutsche Verlobte nicht als Ehegatten ansehen, wohl aber deutsche Ehegatten als solche, die sponsalia de praesenti geschlossen hatten.

V.

Die kirchliche Trauung und das Concil von Trient.

Sohm findet es auffallend, dass die kirchliche Handlung sich nicht an den Begründungsact der Ehe, sondern an den Vollziehungsact angeschlossen habe, nicht an das Verlöbniß, sondern an die traditio. Gewiss wäre das sehr wunderbar, da die Forderung immer auftritt, dass die Ehe mit Gott angefangen werden solle¹. Aber das Wunder löst sich sehr einfach, wenn man der Wahrheit das Recht giebt und den lahmen Unterschied von Eheschliessung und Vollziehung dahin setzt, wohin er gehört, in das Reich der Fabel. Dass die Kirche die negativen Ehewirkungen nicht einsegnete, wird Niemand ausser Sohm merkwürdig finden — das war eben keine Ehe. Dass sie sich an der traditio betheiligte, war naturgemäss, denn diese war Eheschliessung. Nur eine Kirche, die griechische, ist anders verfahren; sie segnete Verlöbniße ein. Aber gerade bei ihr sahen wir auch die Identificirung von Ehen und Verlöbnißen, deren

1) Das führt auch Sohm an, aber bei ihm hat die Ehe zwei Anfänge. Einmal den der sponsalia, und dann hat die consummatio natürlich auch noch einen Anfang. Zu dem ersten Anfang, dem matrimonium initiatum, war eine Mitwirkung Gottes nicht nöthig, nur zu der copula carnalis!

Einwirkung auf das occidentalische Recht wir gezeigt haben. —

Dass *die Kirche nicht helfen wollte, die Ehe zu schliessen*, ist eine ebenso unrichtige wie unerwiesene Behauptung Sohms. Alle Quellenstellen zeigen vielmehr, dass sie — kanonisch gesprochen — kirchliche sponsalia de praesenti wollte, d. h. kirchliche Eheschliessung; ob die Eheleute dann zusammenlebten, war ihr gleichgültig; die *individua vitae consuetudo* hat kirchlich nie eine Rolle gespielt. Dass die Kirche aber dies ihr Streben nur sehr langsam realisirt hat, dass sie zunächst den Volksanschauungen Rechnung tragen musste, und wie kunstvoll sie es anstellte, bis sie die Trauung, d. h. die Eheschliessung in die Hand bekam, dass glaube ich früher so ausführlich bewiesen zu haben, dass die jetzt von Sohm in dieser Beziehung gegebenen Excerpte aus meinem Buche keine Erwähnung erfordern. Ich übergehe daher auch die ältesten christlichen Zeiten und wende mich sofort zum Mittelalter.

Hier können wir den Fortgang der Entwicklung aus den kirchlichen Ritualen deutlich nachweisen. Wir finden zunächst eine vormundschaftliche Trauung, sehr bald vor der Kirchthür aber durch den Mundwald, wenn auch unter Leitung des Geistlichen, der also, wie ich früher behauptet hatte und jetzt wiederhole, in die Stelle des alten Fürsprechers getreten ist; dann folgt eine gottesdienstliche Handlung.

Das nächste Stadium ist Fortfallen des Mundwalds, dessen Functionen jetzt von dem Fürsprecher, dem Geistlichen, ebenso übernommen werden, wie auch der Laienfürsprecher die Functionen des Mundwalds übernommen hatte. Der Geistliche vollzieht also jetzt die Tradition der Braut, dabei aber tritt die vormundschaftliche Function des Geistlichen ganz in den Hintergrund, denn er traut nicht nur die Braut dem Manne, sondern auch

diesen der Braut, und darum ist es doch richtig, selbst den trauenden Geistlichen als Nachfolger des Fürsprechers zu betrachten.

Endlich aber vereinigte sich auch die formelle desponsatio mit dem Trauungsacte, so dass, wie Sohm sagen würde, die negativen und positiven Wirkungen uno actu erzeugt wurden. Darum habe ich schon früher als Resultat der mittelalterlichen Entwicklung bezeichnet: kirchliche Eheschliessung mit oder ohne besondere Betonung der priesterlichen Benediction. Sohm hat ganz dasselbe Ergebniss, nur drückt er es in gewohnter Weise verkehrt aus, dass nicht kirchliche Eheschliessung, sondern kirchlicher Vollzug der schon geschlossenen Ehe geltend gewesen sei.

Wenn wir aber, nachdem wir so die Entwicklung der kirchlichen Eheschliessungshandlung auf der Basis des germanischen Rechtes betrachtet haben, schliesslich noch nach ihrem Verhältniss zu der kanonischen Lehre fragen, so ist Folgendes zu bemerken.

Die Kirche hat keine formelle Eheschliessungshandlung neu construiert, sondern nur die germanische, von ihr vorgefundene in den Kreis ihrer Bethätigung hineingezogen, und sie hat die juristische Relevanz dieser ihrer Bethätigung, d. h. die ehestiftende Kraft des kirchlichen Trauactes nach Massgabe der Sponsalien-theorie beurtheilt.

War also, wie die Kirche es wünschte, die vor dem Priester gegebene Consenserklärung der Brautleute die erste ehebeabsichtigende, welche diese ausgesprochen hatten, dann war sie ehebegründend, da eine Ehe vorher noch nicht geschlossen war. Waren schon sponsalia de praesenti oder de futuro cum copula subsecuta vorangegangen, dann war der kirchliche Aet confirmatorischer oder declaratorischer Natur. Die Ehe war schon vorhanden vor dem kirchlichen Acte.

Darum ist die *traditio*, das Zusammensprechen der Brautleute, kanonisch-rechtlich indifferent. Hatten sie den ehewirkenden Consens nicht, so kam aller kirchlichen Handlung zum Trotz keine Ehe zu Stande, und hatten sie den Consens schon vorher geäußert, dann bedurfte es wieder zur Ehebegründung keiner weiteren kirchlichen Handlung.

An diese Gestaltung des Rechts knüpft aber das Trienter Concil unmittelbar an. Dasselbe hat die Trauungshandlung des Geistlichen nicht, wie Sohm meint, als indifferent aufgegeben, sondern als indifferent belassen. Denn *sponsalia de praesenti* begründen nach wie vor die Ehe. Damit geht das Concil aber nicht, wie wieder Sohm behauptet, von der deutschrechtlichen Auffassung der Trauung aus, sondern setzt sich zu ihr in einen Widerspruch, und zwar in einen Widerspruch, der früher latent gewesen war, weil die *sponsalia de praesenti* mit der trauenden Thätigkeit des Priesters zusammenfielen, der jetzt offen wurde, weil die Kirche den bisherigen Zusammenhang löste und ihr früheres Recht von jeder Vermischung mit deutschrechtlichen Momenten befreite. Das konnte sie aber thun, weil durch die bisherige Vermischung das Volk an die kirchliche Eheschliessung gewöhnt, und das Bewusstsein von dem nach dem früheren weltlichen Recht ehewirkenden Momente geschwächt worden war. Die einzige Aenderung, welche das Tridentinum vornahm, bestand also nur darin, dass als gesetzlich nothwendig fixirt wurde, was bisher lediglich Wunsch gewesen war: Abschliessung der *sponsalia de praesenti* unter Betheiligung der Kirche, und Monopolisirung der ehewirkenden Kraft für diese, mit Ausschluss also der sonstigen *sponsalia de praesenti* und der *sponsalia de futuro cum copula carnali*.

Der Abschluss der kirchlichen Entwicklung steht also genau so auf dem Boden römisch-rechtlicher An-

schauungen, wie der Beginn bei der Aufstellung der sponsalia de futuro und de praesenti. Denn das römische Princip wurzelt in der Unterscheidung zwischen in Zukunft und sofort wirksamen ehestiftenden Willen. Diese tritt im Recht Alexander III. genau so hervor, wie im tridentinischen, und ist endlich dem deutschen Recht ebensowenig fremd gewesen, wie irgend einem anderen.

VI.

Das protestantische Eheschliessungsrecht.

Der Kern des protestantischen Eheschliessungsrechtes ist von mir früher dahin festgestellt worden, dass alle sponsalia, sei es de futuro, sei es de praesenti, die Ehe begründen. Sohm erkennt das an, aber nun rächen sich die früheren Irrthümer, und nöthigen ihm eine falsche Auffassung des protestantischen Eherechtes auf, die auch diesen Theil seines Buches zu einem gänzlich verfehlten machen.

Luther erklärt Verlöbnisse für Ehen — folglich, sagt Sohm, steht er auf dem Boden deutschrechtlicher Anschauung. Folglich, sagen wir, steht er im directen Gegensatz zu derselben. Und wie hätte er auch, selbst wenn diese in Sohmscher Weise jemals existirt hätte, zu derselben kommen sollen, da sie seit Jahrhunderten nicht mehr wirksam gewesen und dem Volke ganz verloren gegangen war.

Luther identificirt sponsalia de praesenti und de futuro — nur bedingte Verlöbnisse und solche der Unmündigen erkennt er als letztere in unserem Sinne des Wortes an — folglich, sagt Sohm, steht er auf dem Boden des kanonischen Rechtes. Folglich, sagen wir, steht er im Gegensatze zum kanonischen Recht; er steht

auf dem Boden des Sohmschen kanonischen Rechtes, oder richtiger: Sohms kanonisches Recht ist auf der Basis des Lutherischen gedacht.

Die Reformatoren verlangen, dass die Ehe durch *copula carnalis consummirt* werde, und halten diese zum Theil für ehebegründend: Folglich, sagt Sohm, erforderten sie zur Vollendung der Ehe Lebensgemeinschaft, während wir wieder sagen: *copula carnalis* und Lebensgemeinschaft sind ganz verschiedene Dinge, und wer mit der *copula carnalis* den Eheanfang statuirt, der lässt juristisch durch dieselbe die Ehe begründet werden.

Ich habe früher ausgeführt, Luther habe das kanonische Recht missverstanden. Wie war das möglich, fragte schon Scheuerl, wie konnte der Irrthum so lange unentdeckt bleiben? Vielleicht können wir dies Räthsel jetzt annähernd lösen.

Der Gegensatz in welchem Luther zu den Päpsten stand ist bekannt und bedarf keines Beweises. Sein Hass traf sie und alle ihre Institutionen, die Decretalen und ihr Recht. Darum ging er für die Eheschliessung auf die Väter zurück. Dort fand er aber jene Lehre von der *desponsatio*, dem einen und unterschiedslosen Verlöbniß mit seinen ehewirkenden Consequenzen, deren Spuren wir noch bei Gratian antrafen. Nicht umsonst schliessen sich, wie auch Sohm bemerkt, die Ausführungen der protestantischen Kirche an das alte kanonische Recht, ja speciell an Gratian an. Kam nun noch hinzu, worauf ich früher hingewiesen habe, dass es Luther sprachlich unmöglich erschien, aus den bei Verlobungen gebrauchten Worten eine verschiedenartige, je nachdem auf Verlöbniß oder Ehe gerichtete Tendenz zu entnehmen, so musste die Statuirung nur eines Verlöbnisses und die Identificirung dieses mit der Ehe das nothwendige Ergebniss sein. Und auch das römische Recht wirkte dazu mit, wie ja bekanntlich die

Reformatoren überhaupt dieses im Gegensatz zum kanonischen hervorheben. War in jenem gesagt: *consensus facit nuptias*, so musste das, da man den Gegensatz zwischen Verlöbniß und Ehe nicht statuirte, also auch nicht den römisch- und decretalen-rechtlichen zwischen *consensus sponsalitus* und *nuptialis*, dahin führen, jeden auf gegenwärtige oder zukünftige Ehe abzielenden Consens für ehebegründend zu betrachten. —

Dass nun aber Sohm wieder damit kommt, das protestantische Verlöbniß für eine Ehe mit negativen Wirkungen zu erklären, kann uns natürlich nicht mehr stören. Wäre das wahr, dann wäre es eben gar keine Ehe, sondern ein Verlöbniß im heutigen Sinne des Wortes gewesen.

Dass das Verlöbniß sehr positiv rechtliche Wirkungen der Ehe hatte, zeigt doch deutlich, dass das Zusammenleben der Brautleute des Princip wegen nicht bestraft wurde, um eine „Verwirrung der Gewissen“, d. h. der Rechtsanschauungen zu verhüten, dass die Zünfte Brautkinder zuliessen, ja dass Verlobte von Tisch und Bett geschieden wurden, so dass doch der Richter die eingetretene Lebensgemeinschaft als rechtlich schon eingetreten erachtete.

Freilich war dafür gesorgt, dass die Bäume dieser Theorie nicht in den Himmel wuchsen, und zwar dadurch, dass die kirchliche Trauung in Uebung war und blieb, und dass die Lutherische Lehre der Sponsalien, dass alle *de praesenti* seien, dem Volke ebenso fremdartig erschien, wie ihm die alte kanonische Anschauung, dass *sponsalia de futuro cum copula* Ehen seien, und dass die kirchliche Trauung regelmässig zu suchen sei, in Fleisch und Blut übergegangen war. Darum hat auch Luthers Theorie weniger Schaden gestiftet, als sie dazu geeignet war. Das ist aber weder ihm zu verdanken, noch der Rechtsprechung der Consistorien,

sondern dem gesunden Sinne des Volkes, welches das Treuwort bei Verlöbnissen hielt, in diesen keine Ehen erblickte, sondern die Ehebegründung in der kirchlichen Handlung nach wie vor suchte. Das ist auch ein Verdienst der Gesetzgebung, welche um die Sponsalien-theorie unbekümmert, kirchliche Eheschliessung statuierte und die Verlöbnisse zwar als eine feste Verpflichtung anerkannte, aber nicht mit der civilrechtlichen Ehewirkung bekleidet wissen wollte.

Die kirchliche Trauung konnte aber nach Luthers Auffassung juristisch nichts anderes sein, als Bestätigung der schon geschlossenen Ehe.

Sohm sagt, dass diese Bestätigung der Ehe durch die Handlung der Brautleute selbst erfolgt sei. Das ist nicht unrichtig; sie declariren noch einmal ihren Consens; aber die Ehe wird auch durch die Kirche bestätigt, wofür die Württembergische Kirchenordnung von 1569 zeugt. Auch darin hat Sohm Recht, dass beides begrifflich dasselbe ist, dass das Wesentliche des Rituals doch in der copulatio liegt. Dadurch wird diese aber juristisch nicht mit der alten deutschen traditio sponsae, sondern mit der vortridentinischen kanonischen Trauung auf gleiche Linie gestellt, wo auch Trauung vorlag, aber juristisch ebenso irrelevant war, wie in dem lutherischen Formular. Und diese juristische Unwesentlichkeit der Trauung wird bestätigt durch Luthers Worte:

„Aber so man von uns begehrt, für der Kirchen oder in der Kirchen sie zu segnen, über sie zu beten oder sie auch zu trauen sind wir schuldig dasselbe zu thun.“

Damit stellt er die kirchliche Trauung als juristisch gleichgültig hin, nicht weil er — wie Sohm interpretirt¹

1) Sohm behauptet, diese Stelle zuerst richtig verstanden zu

— gemeint hat, es könne auch eine Laientrauung erfolgen, eine Trauung sei aber auf alle Fälle nöthig, sondern weil er die Ehe durch Sponsalia geschlossen werden liess, für die Trauung als Rechtsact also gar keinen Raum mehr übrig behielt.

Dass die Trauung aber wie die *copula carnalis* systematisch als *consummatio matrimonii* bezeichnet wurde, im Gegensatz zu der durch Verlöbniß bewirkten *initiatio* kann dabei nicht irre machen. Das war eine Consequenz der Sponsalientheorie, in welcher der Trauung eine Stelle angewiesen werden musste; es war auch ein Ausdruck der nationalen Empfindung, welcher sich auch die Theorie nicht entziehen konnte, dass nämlich die neue Sponsalientheorie der Rechtsauffassung des Volkes nicht entspreche, beinahe so wenig wie die frühere Decretalenlehre. Denn auch diese war dem deutschen Volke nie homogen, oder auch nur verständlich geworden. Das schildert uns Luther mit drastischer Anschaulichkeit. Das deutsche Volk konnte sich nie an den Gedanken gewöhnen, dass sponsalia schon Ehe begründen sollten. Die *traditio* der Braut wurde immer für nothwendig erachtet. Darum hatte man die Vormünder und die Fürsprecher benutzt aller kirchlichen Verbote ungeachtet, und hatte sich erst zur kirchlichen Eheschliessung gewendet, als die nationalen Rechtsformen mit in den Kreis der geistlichen Handlung gezogen wurden. Und jetzt sollte nun wieder das alte

haben. Wir bedauern dies Verdienst schmälern zu müssen. Er hat sie gar nicht verstanden. Auch seine Ansicht, dass die Begehrenden die Brautleute seien, nicht die Obrigkeit, empfiehlt sich wenig. Lateinisch heisst es: *Si vero a nobis petitur, ut desponsatos . . . copulemus*. Hätte Luther gemeint, was ihn Sohm meinen lässt, so hätte er unstreitig gesagt: *si vero desponsati a nobis petunt ut eos copulemus*. Es werden doch ganz deutlich der „Begehrende“ und die Brautleute auseinandergehalten.

Elend Platz greifen, freilich gemildert dadurch, dass jetzt bei Verlöbnissen die Consequenz nicht mehr zweifelhaft sein, und der Streit ob consensus de futuro oder de praesenti nicht mehr entbrennen konnte, aber darum um so gefährlicher für Jeden, der im unbewachten Augenblicke zum Ehegatten werden konnte ehe er es merkte. Denn Luthers Postulat der Oeffentlichkeit der Verlöbnisse, war schon von ihm nicht scharf ausgebildet worden¹, und bald unter dem Einfluss der fortherrschenden kanonischen Doctrin ganz verloren gegangen. So wurde wenigstens die kirchliche Trauung in das juristische System eingereiht, freilich ohne ihr eine juristische Bedeutung zu verleihen, als Beweisact, dem Hochzeitsmahl vergleichbar, aber doch für die Volksanschauung darum als ehebegründender Act gekennzeichnet, dass die traditio erfolgte.

Demnach hatte der kirchliche Act, wir wiederholen es, rechtlich dieselbe Bedeutung, wie in der vortridentschen katholischen Kirche; er bestätigte eine durch sponsalia geschlossene Ehe, die vor ihm und auch ohne ihn vorhanden war; er hatte aber auch die vortridentsche Form, dass er die sponsalia wiederholte und mit der Traditio verband.

Meine frühere Darstellung des protestantischen Rechtes bleibt demnach bis aufs Kleinste bestehen. Nicht ich habe, wie mir Sohm vorwirft, das Wesen des protestantischen matrimonium consummatum missverstanden, sondern er das Wesen der protestantischen Eheschliessung und fügen wir noch hinzu: der deutschen und der kanonischen.

1) Auch darin zeigt sich eine Inconsequenz Luthers, die aber in Wahrheit auch nichts anderes war, als der Sieg der nationalen Anschauung über eine abstracte Doctrin, dass er Verlöbnissen keine Kraft beimisst, wenn die Verlobten ein neues Verlöbniß eingegangen waren und bei diesem die copula carnalis vollzogen hatten.

Es ist auch nicht wahr, dass ich von einer kirchlichen Eheschliessung gesprochen, die ich als Ehebestätigung d. h. als wiederholte Eheschliessung definirt hätte. Im Gegentheil. Ich habe gesagt: Es gab juristisch gar keine kirchliche Eheschliessung; denn eine geschlossene Ehe kann nicht noch einmal geschlossen werden. Ich verstehe eine Construction nicht, welche sagt, die kirchliche Trauung ist *kein Rechtsgeschäft, sie ist nur Tradition*. Ich halte auch diese für ein Rechtsgeschäft, und erachte, da ich den letzten Theil des Satzes zugebe, den ersten für ein juristisches Unding. Die Sohmsche Lehre, dass die Trauung „Ehegabe“ sei, d. h. die alte *Traditio* hat nur dann Sinn, wenn vorher keine Ehe da war, also die *Traditio* wie im alten deutschen Recht der ehebegründende Act war, in Verbindung mit der Lutherischen Auffassung der Sponsalien ist sie ganz unverständlich. —

Aber die Sponsalientheorie verliert im Laufe der Zeit immer mehr an Realität, je mehr die kirchliche Trauung gesetzlich gefordert wird, und durch die Gesetze die Sponsalien zu Verlöbnissen herabgedrückt werden, die bei Strafe gar nicht mehr zur *copula carnalis* führen dürfen. Wird jetzt nicht auch die herrschende Sponsalientheorie fallen und so die Lösung des Widerspruches herbeigeführt werden? Das geschah aber noch im siebzehnten Jahrhundert durchaus nicht. Man dachte nicht daran, in gesunder Weise der Wahrheit die Ehre zu geben und zu sagen: die Trauung macht die Ehe, sondern man konnte sich von den Fesseln des kanonischen Rechtes nicht lösen. Man identificirte nach wie vor Sponsalien und Ehe. Man konnte daher von kirchlicher Eheschliessung immer noch nicht sprechen. Man behalf sich noch immer mit jenem kanonischen Unterschied von *matrimonium inchoatum* und *consummatum*; man nannte sponsalia eine Ehe, aber man hielt sie nicht

mehr dafür, sondern nur für ein Eheversprechen, für den Beginn, für die Thür zur Ehe; diese liess man erst durch kirchliche Trauung entstehen, aber man sagte das wieder nicht, sondern sprach von der Consummation oder der Vollziehung, und war dadurch genöthigt die *copula carnalis* mit der kirchlichen Trauung auf gleiche Linie zu stellen. Es entsprach das natürlich dem kanonischen Recht nicht, denn jener Gegensatz bedeutete im kanonischen Recht etwas ganz Anderes; es war auch eminent unjuristisch, und führte zu Absurditäten, welche Sohm gar nicht gemerkt hat und die doch seiner Auffassung gleichfalls anhaften. Wir kennen das Institut der Zwangstrauung. Wer sich verlobt hatte, wurde zwangsweise getraut. Weil er schon eine Ehe geschlossen hatte, sage ich; weil er seine Ehe consummiren musste, meint Sohm. Aber der häufigste Fall der Zwangstrauungen war der, wo zwischen Verlobten die *copula carnalis* eingetreten war, wo also nach Sohm und der protestantischen kanonischen Lehre schon *matrimonium consummatum* vorlag. Also musste eine consummirte Ehe noch einmal consummirt werden. Hat Sohm schon zwei Eheanfänge construirt, so ergeben sich nun noch zwei Vollendungen der Ehe, welche die Theorie auf gleiche Linie stellte, die Praxis und die Gesetzgebung aber nicht, da sie gerade wegen der einen schon geschehenen consummatio noch die andere erzwang.

Daraus erhellt doch deutlich, dass der Begriff des *matrimonium consummatum* ein künstlicher war, den man schulmässig schon mit Unrecht aufstellte, in der Praxis aber gar nicht brauchen konnte; und es ergibt sich, dass wer wie Sohm das ganze protestantische Eheschliessungsrecht auf dieser Basis construirt, zu einer falschen Auffassung gelangen muss.

Ich habe diese Schwächen des evangelischen Rechtes früher und zuerst aufgedeckt, Sohm sagt, um die in

der evangelischen Kirche vorhandenen Rechtsanschauungen einer *geringschätzenden Kritik zu unterziehen*. Gegen diese Bemerkung muss ich mich verwahren. Es ist unpassend, einem Historiker subjective Tendenzen unterzuschieben. Darum thue ich es auch nicht Sohm gegenüber, obgleich die Art, wie er die geschichtliche Entwicklung in die Zwangsjacke ungesunder Begriffe presst, fasst dazu auffordern könnte. Ich thue es auch nicht, weil ich Sohm für zu logisch denkend halte, als dass er nicht wie ich bemerken sollte, dass wenn er eine Tendenz gehabt hat, er mit seiner historischen Untersuchung dieser nicht gedient, sondern geschadet hat.

Aber, sagt Sohm weiter, und ein Ausführungszeichen soll seiner sittlichen Entrüstung Ausdruck geben: Friedberg hat die kirchliche Trauung als äusserlichen Beweisact der Ehe characterisirt, auf gleicher Linie stehend, und nur empfehlenswerther als das Hochzeitsmahl. Das ist nicht blos unpassend, sondern unwahr. Ich führe das lediglich an als Ansicht Carpzows¹, eines Mannes, der Sohms kirchlichem Standpunkt näher steht als dem meinigen, der höchst wahrscheinlich der neuesten kirchenpolitischen Entwicklung gegenüber dieselbe Verständnisslosigkeit bezeugt haben würde, wie Sohm. Und ein solcher Mann kann die kirchliche Trauung nicht anders mit seinem Sponsaliensystem vereinigen, und ich soll noch nicht von Künstlichkeit und den Fesseln des kanonischen Rechtes reden dürfen! —

Schon im siebzehnten Jahrhundert macht sich aber auch eine Reaction gegen die geschilderte Sponsalien-theorie geltend. Namentlich bei Havemann in der *gamologia synoptica*² und vor Allem bei Johann Gerhard. Dieser schreibt allein dem bei der priesterlichen Trau-

1) F. 254.

2) F. 244.

ung geäusserten Consens ehestiftende Kraft zu, er will sponsalia de praesenti nicht für Ehen gehalten wissen; aber das kanonische Recht schleppt ihn wenigstens noch so weit nach, dass er sponsalia de futuro cum copula doch für Ehen erachtet.¹

Characteristisch jedenfalls ist es, dass die Juristen hier den Theologen keinen Vorsprung abgewinnen. Auch das Studium des römischen Rechtes mit seiner Unterscheidung des consensus sponsalitus und matrimonialis bringt die Juristen nicht auf andere Gedanken. Im Gegentheil. Wir finden Viele, welche die unglückselige geltende Lehre schon im römischen Recht begründet finden und durch dieses zu stützen unternehmen². Und wenn auch ein gelehrter Jurist, wie David Mevius sich eines solchen Irrthums nicht schuldig machte, so ist er doch principiell überzeugt, dass diese Frage gar nicht nach römischen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sei, sondern nach kanonischem Recht.

Die im siebzehnten Jahrhundert dargelegten Keime entfalten sich im achtzehnten unter dem befreienden Einflusse des Naturrechtes. Dieses erklärt das kanonische Recht als in der protestantischen Kirche unanwendbar und streift so die Sponsalientheorie ab. Sohm, der diesen Entwicklungsgang nach meinem Buche schildert, natürlich getrübt durch seine missverständliche Auffassung der kirchlichen Trauung — betitelt diesen Abschnitt seines Buches: *Die Reception des römischen Rechts*. Selten ist wohl ein falscherer Gedanke geäussert worden.

Zuvörderst sind es gar nicht die Romanisten, welche die alte Sponsalientheorie brechen, weder Mevius noch Cocceji, noch die Frankfurter Juristenfacultät; ja beim Lesen des von dieser i. J. 1725 ausgegangenen Gut-

1) F. 245.

2) Vgl. F. 256.

achtens¹ findet man sich geneigt, in die Vorwürfe Leysers mit einzustimmen, welcher die ganze Sponsalientheorie der missverständlichen Anwendung römischer Rechtsätze zuschreibt². Das römische Recht und die Romanisten haben nichts gegen die Sponsalien gethan, und wenn Sohm Böhmers Lehre ausführlich characterisirt, welche Luthers Irrthümer klar erkannt hatte, so ist er doch nirgends im Stande die Einwirkung römischer Rechtsgedanken auf dieselbe zu zeigen.

Doch ich vergesse. Sohm hält ja die bisher geltende Theorie für den Niederschlag des alten deutschen Rechtes, nach welchem Verlöbnisse Ehen seien. Dann muss natürlich eine Theorie, welche das leugnet, romanistisch sein. Da nun aber die Verlobung nach deutschem Recht gar keine Ehe begründete, sondern die Traditio der Braut, so ist die neue Theorie weit eher eine Reproduction des deutschen Rechtes. M. a. W.: Die deutsche Rechtsanschauung, welche im Volke immer wirksam gewesen war, welche auch in dem Trauritual, in der dort angewendeten copulatio d. h. der Traditio der Brautleute immer einen der volksthümlichen Anschauung entsprechenden Ausdruck gefunden hatte, wird jetzt von den Schlacken des kanonischen Rechts gereinigt. Das deutsche Recht kommt auch bei der Theorie zur Anerkennung. Das römische nur so weit, dass man consensus sponsalitus und matrimonialis schied, was aber im deutschen Rechte gleichmässig der Fall war; das römische Recht nicht, indem man der formlosen Consenserklärung die ehewirkende Kraft abspricht, und zuweilen geradezu — nicht bewusst, sondern instinctiv — dem deutschen Gedanken Ausdruck giebt, dass eine

1) F. 299.

2) F. 265. Er sagt auch, dass diese Lehre iuribus moribusque plane non convenire.

copulatio zur Eheschliessung erforderlich sei¹. Wird aber das Verhältniss zwischen Verlobung und Eheschliessung bezeichnet wie das des Kaufes zur traditio, so ist zwar den Schriftstellern, die dies thun, der römische Rechtssatz vorschwebend gewesen; aber dieser ist mit dem deutschen identisch. Sohms Gegenbehauptung für das deutsche Recht bedarf noch des Beweises, der m. E. nie wird geführt werden können. Ganz aber wird auch die moderne Auffassung, wie sie Böhmer vertritt, das kanonische Recht nicht los. Sponsalia de futuro cum copula sind auch ihm, wie schon Gerhard, Ehen. Hier ist der kirchliche Act nicht ehebegründend, sondern bestätigend. —

Auf dieser Basis stehen alle neueren Legislationen, d. h. auf der des deutschen Rechtes, dass die Trauung die Ehe mache, nur dass in dem Trauungsacte selbst die ehewirkende Kraft nicht blos der copulatio und der mit ihr verbundenen benedictio, sondern auch der Consenserklärung zugesprochen wird. Denn die Verlöbnisse haben nicht nur die ehewirkende Kraft, sondern überhaupt beinahe jede verloren. Der bei ihrer Abschliessung abgegebene Consens hat nichts Bindendes mehr, und kann als matrimonialis nicht angesehen werden. Darum muss er bei der Trauung abgegeben werden als ein sofort auf die Gegenwart gerichteter. Aber eine Ehe bewirkt er noch nicht, ebensowenig wie er im alten deutschen Rechte das gethan hatte; dazu gehört noch die copulatio und die von den Gesetzen damit verschmolzene benedictio.

So haben uns diese neueren Gesetzgebungen unser altes deutsches Eheschliessungsrecht wieder hergestellt,

1) Vgl. Berger bei F. 269.

und sich in einen bestimmten Gegensatz zum tridentinischen gesetzt, welches nicht an die Trauung, sondern an die sponsalia de praesenti angeknüpft hat.

VII.

Die Civilehe.

An die Stelle der kirchlichen Trauung ist durch Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 die Civiltrauung getreten.

Ueber diese bestimmt §. 52: „Die Eheschliessung erfolgt in Gegenwart von zwei Zeugen durch die an die Verlobten einzeln und nach einander gerichtete Frage des Standesbeamten,

ob sie erklären, dass sie die Ehe miteinander eingehen wollen,

durch die bejahende Antwort der Verlobten und den hierauf erfolgenden Ausspruch des Standesbeamten, dass er sie nunmehr kraft des Gesetzes für rechtmässig verbundene Eheleute erkläre.“ —

Die Eheschliessung zerfällt also in zwei Bestandtheile, die Consenserklärung der Brautleute und die Erklärung des Standesbeamten.

Bezüglich der juristischen Auffassung dieses Actes befindet sich nun Sohm wieder in einem durchgreifenden Missverständnisse.

Er sagt: *Erst mit dieser Erklärung des Standesbeamten wird die Eheschliessung perfect.* — Das ist richtig, und steht so in dem Gesetze. — *Nichtsdestoweniger hat die Handlung des Standesbeamten eine blos declaratorische Bedeutung und bestimmt nur zeitlich nicht ursächlich den Eintritt der Ehewirkung.* Das ist falsch nach dem Wortlaute des Gesetzes. Denn declarirt kann nur etwas werden, was schon da ist; eine Ehe ist aber rechtlich durch den Consensaustausch der

Brautleute noch nicht begründet, sie wird es erst durch die Erklärung des Standesbeamten; „nunmehr“ werden sie Ehegatten; die Thätigkeit des Standesbeamten ist also eine constitutive in Bezug auf die Ehewirkung, eine declaratorische in Bezug auf den abgegebenen Consens. — *Ihr Inhalt ist nicht Bestätigung nach Herbeiführung eines Rechtserfolges, sondern die „Erklärung“ dass „Kraft des Gesetzes“ der Rechtserfolg d. h. die Eheschliessung eingetreten ist.* Gewiss. Aber dieser Eintritt erfolgt erst durch die Erklärung und ist bisher noch gar nicht eingetreten, und das geschieht kraft des Gesetzes, weil der Standesbeamte nur aus diesem den Titel zu seiner die Ehe constituirenden Thätigkeit ableitet. — *Sie ist keine Willenserklärung, und daher keine selbstständige Handlung, sondern nur eine Beglaubigung seitens des Standesbeamten: ein Accessorium der geschehenen Consenserklärung.* Sie ist, sagen wir, kein accessorium, sondern genau so principal wie der Consensaustausch; sie ist in sofern kein selbstständiger Act, als sie in Verbindung steht mit der Consenserklärung, und diese voraussetzt, aber sie steht an rechtlicher Relevanz mit ihr auf gleicher Linie. Sie ist aber nicht bloß in sofern eine selbstständige Handlung als sie mit selbstständiger Wirkung versehen ist, sondern als sie auch in der That eine Willenserklärung involvirt, genau in demselben Masse wie die priesterliche Copulation bei der kirchlichen Trauung. Der Standesbeamte wird trotz des formell ausgesprochenen Consenses der Brautleute, seine Erklärung nicht aussprechen und keine Ehe begründen, wenn er z. B. aus dem Gebahren der Braut bei der Consenserklärung einen rechtlich wesentlichen Mangel der Freiheit des Willens entdeckt. — *Seine Handlung bedeutet nur eine Solennisirung der Handlung welche von den Brautleuten vollzogen ist.* Von den Brautleuten ist noch gar keine Ehe geschlossen, die überhaupt solennisirt werden

könnte; nur ihr Consens wird solenn constatirt und diese Constatirung macht erst die Ehe. —

Daher ist der Civilact eine Eheschliessung vor dem Standesbeamten nicht durch denselben. Er ist vielmehr beides: vor ihm, weil der Consens vor ihm zu erklären ist, durch ihn, weil erst durch seine Thätigkeit eine Ehe entsteht.

Der von Sohm für seine Meinung angeführte Sprachgebrauch des Gesetzes beweist gar nichts. Denn wenn §. 41 sagt: „Innerhalb des Gebietes des deutschen Reiches kann eine Ehe rechtsgültig nur vor dem Standesbeamten geschlossen werden,“ so hat der Gesetzgeber das Wort „durch“ vermieden, weil sonst der Sinn möglich gewesen wäre, dass nur Standesbeamte sich rechtsgültig verheirathen könnten. — Der Sprachgebrauch dieses Paragraphen ist aber dann für die folgenden massgebend geworden. —

Der Civilact ist durchaus keine Analogie der tridentinischen Sponsalia de praesenti coram parochio et duobus testibus. — Er ist vielmehr ein Gegensatz dazu, denn nach tridentinischem Recht ist die Ehe geschlossen durch Consenserklärung vor dem Pfarrer als einer Urkundsperson, nach deutschem Reichsrechte muss auch eine dem tridentinischen Recht unbekannte Thätigkeit dieser Urkundsperson selbst hinzutreten.

Vielmehr ist die Eheschliessung des Reichsgesetzes eine Analogie der kirchlichen Trauung, und es verräth kein mangelndes Verständniss des Wesens der Trauung, von Civiltrauung zu sprechen, sondern, wie Sohm, dies zu bestreiten.

Die Civiltrauung ist daher auch nicht das Verlöbniß des deutschen Rechtes *in moderner Form*. Denn die Verlobung begründete die bei Sohm s. g. negativen Ehwirkungen, die Civiltrauung die positiven. Nicht die Form ist verschieden, sondern der materielle Inhalt und

die virtuelle Bedeutung des Rechtsgeschäftes. Die Civiltrauung steht aber darum doch auf dem Boden des deutschen — natürlich nicht des Sohmschen Eheschließungsrechtes.

Die Erklärung des Civilstandsbeamten ist in die Stelle der *Tradio* getreten, und der auf diese folgenden und sie ersetzenden *copulatio*. — Der Standesbeamte giebt die Eheleute zusammen, denn unter Zusammengeben verstehen wir heute: für Eheleute erklären. —

Wenn dann Sohm aber weiter deducirt: *die bürgerliche Handlung ist nur Formalität, eine öffentliche Beurkundung des ehelichen Verhältnisses, nicht seine Wirklichkeit*; so ist das ganz unverständlich und unjuristisch. Sie ist keine Beurkundung des ehelichen Verhältnisses, sondern der Begründungsact desselben, und kann denn irgend eine Trauung die „Wirklichkeit des ehelichen Verhältnisses“ sein? Das sind Worte aber keine juristischen Begriffe.

Aber das Reichsgesetz soll selber ausgesprochen haben, *dass die bürgerliche Handlung eine (für die thatsächliche Seite der Ehe) der Ergänzung fähige und bedürftige Eheschliessung ist*. Befremdet wird man fragen: wo steht das? Sohm antwortet in § 82. „Die kirchlichen Verpflichtungen, so lautet dieser, in Beziehung auf Taufe und Trauung werden durch dieses Gesetz nicht berührt.“ — Wunderbar, dass ein so hochkirchlicher Mann wie Sohm so niedrig von der kirchlichen Trauung denkt, dass sie nur die „thatsächliche Seite“ der Ehe ergänzen soll. — Das Reichsgesetz über Eheschliessung hat mit der thatsächlichen Seite der Ehe ebenso wenig zu thun, wie jedes Gesetz über kirchliche Eheschliessung. Eine rechtlich geschlossene Ehe bedarf rechtlich und gesetzlich keinerlei thatsächlichen Ergänzung. Das Reichsgesetz verweist vielmehr auf die kirchliche Trauung, als auf die sittlich-religiöse Er-

gänzung der Civiltrauung. Das sieht jeder, der nicht in dem Banne gekünstelter Begriffe befangen ist, ohne Weiteres ein. — Das Gesetz erklärt damit nicht, wie Sohm meint, „dass so wenig die Eintragung eines neugeborenen Kindes in die Geburtsregister eine Taufe, so wenig die bürgerliche Eheschliessung eine Trauung ist,“ sondern das Gesetz sagt nur, dass so wenig die Eintragung eines Neugeborenen als eine Erfüllung der den Eltern bezüglich der Taufe obliegenden kirchlichen Pflichten anzusehen sei, so wenig die bürgerliche Trauung als ein Genügen der kirchlichen in Bezug auf die Eheschliessung aufgestellten Obliegenheiten. Darum ist es auch nicht wahr, dass das Reichsgesetz die kirchliche Trauung als eine Ergänzung dieser bürgerlichen Trauung behandelt habe. Hätte das Gesetz die Civiltrauung für rechtlich ergänzungsbedürftig angesehen, so hätte diese Ergänzung auch nur wiederum in einer dem Gebiete des Staates unterstehenden Rechtshandlung gefunden werden können, nicht in einem kirchlichen Acte, dessen Rechtswirkungen das Gesetz positiv und ganz beseitigt hat.

Aber darin hat Sohm Recht, dass jetzt die kirchliche Trauung wieder in die Stelle gesetzt ist, die sie vor dem 18. Jahrhundert hatte, dass sie die Ehe nicht mehr begründet. Sie ist dadurch aber auch mit Nothwendigkeit auf ihre frühere rechtliche Bedeutung zurückgeführt werden, wie wir diese oben festgestellt haben, sie ist Ehebestätigung geworden, nicht Ehebegründung.

Daraus ergiebt sich aber auch mit Nothwendigkeit, welche Form der heutigen Trauung zu geben ist, und es erhellt, dass das so herbe von Sohm angefochtene Decret des Berliner Evangelischen Oberkirchenrathes ganz das Richtige getroffen hat. Es hat das ältere evangelische Recht genau wiederhergestellt, nur mit den Modificationen, welche durch das Reichsgesetz erforderlich waren.

Der kirchliche Eheschliessungsact war Ehebestätigung, weil die Ehe durch Verlöbniß geschlossen wurde, er muss und soll es jetzt sein, weil sie durch Civiltrauung geschlossen wird. Aber der kirchliche Eheschliessungsact des sechszehnten Jahrhunderts enthielt auch die Consensfrage und eine copulatio. Beides soll nach dem Erlasse der preussischen Kirchenbehörde jetzt fortfallen. Mit vollstem Recht. Das frühere Trauritual musste jene Form haben, weil vorher in formeller Weise noch gar kein Consens erklärt zu sein brauchte und doch die Ehe da war. Dieser Consens musste constatirt werden, und die copulatio musste gewährt werden, weil das der deutsche — allerdings nicht der kirchliche — entscheidende Rechtsact war, und die Volksanschauung in diesen die eheschliessende Wirkung legte.

Heute ist der Consens formell erklärt und ist die copulatio erfolgt. Zu einer Wiederholung des ersteren ist demnach keine Veranlassung vorhanden, eine Wiederholung der letzteren würde ein Ignoriren des staatlichen Rechtsactes sein und damit eine Opposition, zu welcher die evangelische Kirche von ihrem Standpunkt aus selbst nach Sohms Ansicht nicht berechtigt ist.

Die Anschauung des evangelischen Oberkirchenrathes wahrt aber auch durchaus die Continuität mit dem Recht, welches unmittelbar vor dem Reichsgesetz, oder in Preussen vor dem Civilehegesetz galt. Denn damals war der kirchliche Act Trauung und Segnung; die Trauung ist ihm genommen; es bleibt die Segnung.

Sollen wir nach alledem noch auf Sohms, im Anhang seines Buches gegebene Ausführungen gegen den Oberkirchenrath eingehen? Auf die irrige Beschuldigung, dass dieser die geschichtliche Entwicklung missverstanden habe, d. h. nicht auf Sohms Constructionen gerathen sei; auf die nichtssagenden Erörterungen über Thatsächlichkeit und Rechtlichkeit? Wir

glauben uns und den Leser davon dispensiren zu dürfen.

Aber wir wollen noch kurz betrachten, wie Sohm sich den Fortbestand der kirchlichen Trauung denkt.

In der Einleitung seines Buches stellt er Grundsätze auf, welche den vom Oberkirchenrath geäußerten durchaus entsprechen, welche wir voll unterschreiben, und welche von denen, die heute in Sohms historischen Untersuchungen die Basis ihrer Ansprüche finden, nicht im Mindesten getheilt werden.

Eine schon geschlossene Ehe kann nicht noch einmal geschlossen werden. Es giebt keine Form für die Schliessung einer christlichen Ehe, weil das Wesen einer christlichen Ehe von der Form ihrer Eingehung unabhängig ist. Es giebt keine Form, welche die Ehe zu einer christlichen zu machen im Stande wäre. Durch Eingehung der Civilehe ist der kirchlichen Trauung die Function als Eheschliessung in jedem Sinne genommen worden.

Aber auf S. 292 deducirt er weiter, dass da das weltliche Recht den Begriff der consummatio nicht mehr kennt — S. 287 steht das Gegentheil — die Kirche dafür zu sorgen habe, dass der Anfang der Thatsächlichkeit der Ehe in der Form der kirchlichen Trauung erfolge. Es soll (S. 294) eine dem christlichen Bedürfnisse und der christlichen Sitte entsprechende Form für den Antritt des Ehestandes gegeben werden.

Aber tritt denn nicht mit der Civiltrauung auch der Anfang der Ehe ein? Ein rechtlich vollkommen begründetes Rechtsverhältniss, fängt unmittelbar damit an; die Ehegatten treten schon die Ehe an, sobald der Civilstandsbeamte die entscheidenden Worte gesprochen hat. Hält man diesen Antritt nicht für den Antritt, dann muss man consequent die Civiltrauung nicht für Eheschliessung erklären.

Und die Trauung ist doch Eheschliessungsact ge-

wesen bis zum Civilehegesetz. Das kann Sohm unmöglich leugnen; und jetzt soll sie genau so beibehalten werden, aber kein Eheschliessungsact sein, sondern nur eine die *Thatsächlichkeit der Ehe herbeiführende Handlung des Geistlichen*. Und das soll das Volk begreifen! — und diese gekünstelte Deutung soll es der Trauung beilegen, während diese ihm beständig in anderer Function erschienen ist! Das Volk muss dadurch in Irrthum versetzt werden, es muss glauben, was Sohm nicht geglaubt wissen will, dass die Civiltrauung keine Ehe begründe, dass die Kirche diese nicht anerkenne, da sie noch einmal Consens austausch verlangt, gleich als wäre noch keiner rechtlich erfolgt, da sie die Ehegatten als christliche Ehegatten zusammenspricht, obgleich sie zusammengesprochen sind. Muss da nicht der Glaube entstehen, dass sie durch die Civiltrauung christliche Ehegatten noch nicht geworden seien, dass es eine christliche Eheschliessungsform giebt?¹.

Oder soll das Volk sich über das Wesen der Trauung Belehrung schaffen aus Sohms historischer Untersuchung über das Wesen derselben? Niemand würde dieselbe verstehen, und sie ist ja falsch vom Wirbel bis zur Zehe.

Es ist auch nicht ganz wahr, dass die Kirche sich demselben Rechtsstande gegenüber befinde, wie vor dem 18. Jahrhundert, wo doch auch der kirchliche Act keine Ehe begründete, sondern nur bestätigte und doch in der Trauform auftrat.

Wir haben gezeigt, warum dies geschehen ist, warum ein Consens austausch, eine copulatio erforderlich

1) Sohm meint, dass auch das vom Oberkirchenrath gewählte Trauritual jene Missverständnisse nicht ausschliesse. Daraus folgt doch aber höchstens, dass dies noch unzweideutiger gemacht werden müsse, niemals aber, dass ein noch zweideutigeres gewählt werde.

war, und es heute nicht mehr ist. Man kann nicht eine Form beibehalten, die Jahrhunderte lang in der Volksauffassung einen bestimmten Sinn gehabt hat, und jetzt plötzlich einen anderen Sinn in dieselbe Form hineinlegen, weil eine verfehlte Doctrin eine Zeit lang den wahren Sinn nicht würdigte, und eine verfehlte historisch-juristische Forschung denselben verkennt.

Das ist auch nicht, wie Sohm meint, geschichtliche, sondern eminent ungeschichtliche Methode. Die Fortbildung einer Institution hat anzuknüpfen an ihre letzte Ausprägung, nicht an ihren Anfang. Wir haben unsere parlamentarische Verfassung auf der Basis der gegebenen Verhältnisse entwickelt, und wir würden lächeln, wenn uns die Anknüpfung an die taciteische Volksversammlung empfohlen würde. —

Damit sind wir an den Schluss unserer Erörterung gelangt. Wir glauben den Weg richtig gezeigt zu haben, welchen das deutsche Eheschliessungsrecht gewandelt ist. Wir sind in manchen Beziehungen von unseren früher gegebenen Resultaten abgewichen und haben Manches modificirt und ergänzt. Wir erkennen dankbar dabei das Verdienst des Sohmschen Buches an. Aber wir mussten andererseits in allen wesentlichen Punkten bei unseren früheren Ausführungen beharren, und wir müssen energisch Protest erheben, gegen eine geschichtliche Methode, welche einen den Rechtsinstituten fremden Geist in dieselben hineinträgt, ohne genügende Begründung die ganze bisherige Forschung negirt, und in ihren letzten Tendenzen beabsichtigt, die Continuität der Rechtsentwicklung zu durchbrechen und unser Volk auf Wege zu leiten, die eine geschichtliche Berechtigung nicht haben, und doch nur eine solche beanspruchen.

Officin der Verlagshandlung.

Druck der J. Neumann'schen Buchhandlung

Im gleichen Verlage sind erschienen und durch alle Sortiments-
buchhandlungen zu beziehen:

Das Recht der Eheschliessung

in seiner geschichtlichen Entwicklung

von

Emil Friedberg,

Doctor d. Rechte u. Professor an d. Universität zu Leipzig.

gr. 8. brosch. *M.* 13,50.

De finium

inter

ecclesiam et civitatem

regundorum iudicio

quid medii aevi doctores et leges statuerint.

Scriptis

Aemilius Friedberg,

Utr. Jur. Dr.

gr. 8. brosch. *M.* 4,00.

Friedberg, Emil,

Verlobung und Trauung

Leipzig 1876

J.can.p. 401 kl

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11334163-6